E. BETTI

TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

EMILIO BETTI

Catedrático de la Universidad de Roma

Teoría general de las OBLIGACIONES

TOMO II

Traducción y notas de Derecho español por

José Luis de los Mozos

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Oviedo

EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO

MADRID

PREFACIO

En la vida universitaria de hoy en Italia (no así en otros países europeos) se ha perdido para la masa de estudiantes la realidad viva de la *lección* como hecho de cooperación activa entre el profesor que enseña y los alumnos que escuchan. De hecho, la masa de estudiantes no participa en las lecciones, se desinteresa de las materias tratadas y pretende prepararse con textos escritos que en modo alguno pueden sustituir la orientación e incitación que van unidas a la palabra viva; textos que para la masa tienen este único resultado seguro: quitar valor al oficio didáctico de la lección y promover un vivir tranquilo, opuesto al trabajo de la conquista de un saber. La lección —que en la vida universitaria alemana atrae la atención de todos los estudiantes y de centenares de oyentes— en Italia se halla reducida a la triste condición de un hecho, que podríamos llamar lateral, el cual interesa únicamente a una pequeña élite de auxiliares y de alumnos.

La amargura que produce en el profesor esta costumbre deleterea (que sería ya hora de barrer) se halla mitigada únicamente por la constante comprobación de que en la élite no se ha perdido la pasión por la conquista del saber. Y así, también este año, el abajo firmante expresa su gratitud a los auxiliares Dr. RODOLFO GUZZI, Dr. MICHELE STRINA,, Dr. GIORGIO SCHIAVONI, Dr. SALVATORE TONDO por el empeño que han puesto en recoger y redactar las últimas dieciséis lecciones del curso de este año (1954) dedicado a las "fuentes (y vicisitudes) de las obligaciones" (tercera sección de esta teoría general, cuyo eje lo constituye la idea fundamental de la cooperación).

Marburg a.d. Lahn, 28 de mayo 1954.

Emilio BETTI

INDICE DE MATERIAS

Págs.

Prefacio VII

SECCION TERCERA

I

FUENTES Y VICISITUDES DE LA OBLIGACION

PREMISA PARA EL ESTUDIO DE LAS FUENTES Y VICISITUDES DE LA OBLIGACION

§ I

DIVISION DE LAS FUENTES DE LA OBLIGACION

Art. 1.173. Necesidad a una remisión a la historia de los dogmas, para una mejor comprensión del problema en el derecho actual. Heterogénesis de significados de la palabra "contractus": diferenciación del "contractus" romano del contrato de Derecho actual. Concepto de este último y problemas que en él se contienen. Falsedad del dogma de la eficacia obligatoria de solo el consentimiento. Sentido de los artículos 1.323 y 1.324 en el cuadro de la autonomía privada 1-13

§ II

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES. GENESIS HISTORICA

1.—Problema de prioridad histórica de la obligación derivada del negocio jurídico sobre la obligación nacida del delito: génesis posterior de ésta 15

2.—Cuestión relativa al clasicismo de la crítica de Gaio sobre la calificación del pago de lo indebido como "contractus" 20

Págs.

3.—Cuestión concerniente al valor de la clasificación tripartita de Gaio de las fuentes de obligación y el significado originario de las "variae figurae" 23

4.—Génesis de la división cuatripartita justinianea de las fuentes de obligación: cuestión acerca de su procedencia clásica ... 29

5.—Construcción de la categoría de los cuasi-delitos 33

6.—Formación de la categoría de los cuasi-contratos: sus engranajes y conexiones con el derecho clásico 35

7.—Breve indicación sobre el carácter de la responsabilidad aquiliana 42

8.—Problema de la génesis histórica del artículo 1.097 del Código civil de 1865:: concepción romanística del acto de parte como fuente exclusiva y concepción moderna de la ley como causa generadora de obligaciones 47

9.—Conclusiones 58

§ III

HETEROGENEIDAD DE SIGNIFICADOS DE "CONTRACTUS"

Extensión de la clasificación de "contractus" de los negocios traslativos y constitutivos de derechos reales. Distinción entre "el modus adquirendi" y el "titulos adquirendi" en derecho común 61-66

§ IV

TIPICIDAD DE LOS NEGOCIOS FUENTES DE OBLIGACION

Exigencia de una tipicidad social de las funciones de cooperación protegidas por el derecho. Contratos legislativos típicos y contratos anómalos. Contratos irregulares, anómalos innominados y anómalos compuestos o híbridos: orientación de su tratamiento jurídico y criterios correspondientes. Absorción por subordinación y combinación de varias funciones en una función compleja 67-75

Págs.

§ V

ONEROSIDAD Y GRATUIDAD DE LOS NEGOCIOS FUENTES DE OBLIGACION

Aspectos de la onerosidad. Bilateralidad de cargas y bilateralidad de obligaciones. Contratos con prestaciones correlativas (1453). Reciprocidad de obligaciones: sinalagma funcional. Correlatividad con obligaciones bilaterales simultáneas. Correlatividad con prestación anticipada constitutiva de contrato. Correlatividad genéticamente condicional. Onerosidad, contraprestación y modus. La onerosidad en los contratos de cambio; contratos conmutativos y contratos aleatorios; contratos asociativos 77-91

§ VI

VARIAS FUNCIONES Y EXIGENCIAS SOCIALES DE COOPERACION

Su clasificación según su naturaleza o el hecho social al que van unidas 93-118

§ VII

RAZON DE LA EFICACIA OBLIGATORIA DE ACTOS NO CONTRACTUALES, COMPRENDIDOS EN EL ESQUEMA DEL "CUASI-CONTRATO"

Naturaleza de negocio jurídico de la gestión de negocios ajenos (sentido de la remisión al mandato; art. 2.030 del C. C.); distinción entre relaciones externas e internas. Idem del pago de lo indebido: carácter de transmisión onerosa en antítesis con la gratuita; prestación en función de un equivalente; acci-traslativa y suceso satisfactorio (causa de la transmisión y título de la adquisición); conversión interpretativa (Umdeutung) legal de la intención típica. La nueva categoría de fuentes de obligación; situaciones de hecho asimilables a hipótesis contractuales, de las que difieren por falta de presupuestos o por reducción de elementos constitutivos y, sin embargo, creadoras de relaciones contractuales 119

Págs.

1) La categoría del "cuasi-contrato" 119

2) La gestión de negocios ajenos 124

3) El pago de lo indebido 128

4) La nueva categoría de las situaciones de hecho deficientes o reducidas, generadoras de relaciones contractuales. 133-146

§ VIII

RAZON DE LA EFICACIA OBLIGATORIA DE HECHOS DETERMINANTES DE UN DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL ENTRE LAS ESFERAS DE INTERESES DE DOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD

Insuficiencia del "titulus retenendi" que hace ilegítima (no ilícita) la conservación a pesar de la existencia de un modo válido de adquisición. Criterio correlativo de equidad distributiva. No se reclama lo dado sino que se pide el enriquecimiento subsistente en el momento de la petición:

1) Premisas 147

2) Teoría de Graziani. Crítica 149

3) Teoría de Andreoli. Crítica 155

4) Naturaleza del enriquecimiento sin causa como fuente de obligación 161-169

§ IX

ENCUADRAMIENTO SISTEMATICO DE LA RESPONSABILIDAD AQUILIANA

Razón de la eficacia obligatoria de los actos ilícitos, de hechos y de situaciones de hecho lesivos de intereses ajenos protegidos por el derecho. Sectores del riesgo y del daño injusto: delimitación respectiva. Responsabilidad fundada sobre la culpa y responsabilidad independiente de la culpa. Criterios de imputación que justifican cargas sobre una parte el daño sufrido por otra. Remisión al parágrafo 6 de la Sección 1.ª. Reflexiones finales 171-180

Págs.

SECCION TERCERA

II

MODIFICACIONES DE LAS OBLIGACIONES

Prefacio 181

§ I

INICIATIVA E INTERES EN LA MODIFICACION DE LAS OBLIGACIONES

Tipos de modificaciones y de intereses en la modificación. Criterios de clasificación: sucesión y accesión; subrogación y conversión; resolución, rescisión y exclusión. Indicación preliminar sobre la diferencia típica entre delegación, indicación de pago, asignación; novación, asunción y expromisión. 185-196

§ II

SUCESION EN LA RELACION OBLIGATORIA

1.—Sucesión a título particular en la relación obligatoria; diferencias con la sucesión universal 197

2.—Problema de la admisibilidad y de los límites de una sucesión a título particular en la relación obligatoria 200

3.—Diferencia entre sucesión a título particular y sustitución en la relación obligatoria sin nexo derivativo. Crítica de la ficción de una asunción "tácita" o "presunta" 205

4.—Reseña de casos de sucesión en la relación obligatoria y de subingreso sin nexo derivativo:

a) Venta de cosa alquilada 208

b) Mezzadria y Soccida 210

c) Transferencia de una empresa con especial atención al curso de las relaciones laborales 211

d) Venta de herencia 218

e) Usufructo de herencia 220

f) Enajenación de cosa asegurada 220

Págs.

§ III

FIGURAS DE CESION

I. La llamada cesión de contrato 224

II. La comparación son otras figuras de subingreso a título derivativo: cesión de crédito; subrogación por pago. Diferencia de interés y de problema práctico, diferente construcción dogmática de modo congruente con tal diferencia. 233

III. Cesión a título de pago 241

IV. Adjudicación judicial de créditos 244

V. Comparaciones 248-251

§ IV

SUBROGACION EN EL CREDITO, EN LA DEUDA O EN EL CUMPLIMIENTO

1.—Subrogación en el derecho o en la obligación; en el ejercicio del derecho o en el cumplimiento de la obligación. Diferencia entre cesión y subrogación, entre traslación y delación de crédito. Reseña de diferentes supuestos de subrogación activa 253

2.—Subrogación para pago 258

3.—Figura del sustituto en el impuesto (posibilidad en el subingreso en una relación de estado virtual) y del auxiliar de pago 263

4.—Indicación de pago pasiva, convencional y legal 267-270

§ V

ASIGNACION Y GIRO

Problema práctico e instrumento técnico para una circulación del crédito, no perturbada por las relaciones causales subyacentes. Delación del crédito. Fungibilidad del sujeto llamado a la posición de acreedor y abstracción de la relación causal. 271-278

Págs.

§ VI

DELEGACION E INDICACION DE PAGO

1.—Delegación-comparación con la asignación. Delegación activa y pasiva. Fase preparatoria de la delegación: la autorización (Jussum). Delegación pura y titulada: esencia de la abstracción delegatoria. Fase conclusiva de la delegación y su estructura 279

2.—Indicación sobre la elaboración dogmática de "delagatio", "expromisio" y "asignatio". Primera diferenciación de la asunción delegatoria frente a otras figuras afines. El riesgo de la operación en la delegación. Estructura de la relación de delegación 290

3.—Indicación de pago. Fase en que se actúa y opera. Diferenciación con la delegación 296

§ VII

EXPROMISION Y ASUNCION

1.—Expromisión. Diferencia con delegación: aspectos de la iniciativa del tercero extraño a la relación de obligación: abstracción expromisoria: comparaciones. Riesgo de la operación 299

2.—Asunción (art. 1.273 C. C.). Diferencia con otras figuras afines (asunción delegatoria y expromisoria). La "acollatio simplex". Estructura de la asunción ejecutiva de la delegación y de la asunción independiente según el artículo 1.273 C. C. Asunción cumulativa y privativa 301

§ VIII

ACCESION LEGAL DE RESPONSABILIDAD Y SUCESION LEGAL EN LA DEUDA

Accesión legal de responsabilidad y sucesión legal en la deuda. Contradictoria construcción de una asunción "ex lege". Reseña de las diferentes hipótesis previstas: encuadramiento sistemático (accesión o sucesión legal en la deuda). Interpretación del negocio de asunción de deuda 307-314

Págs.

§ IX

NOVACION Y ASUNCION NOVATIVA

1.—Derivación histórica y desenvolvimiento involutivo 315

2.—Presupuestos de la figura en su actual disciplina 319

3.—Cambio de deudor: Crítica del artículo 1.235 y de su derivación histórica 320

4.—Naturaleza de la conversión de la relación: novación objetiva; comparación con la modificación, el reconocimiento probatorio o preceptivo 323

5.—Accesión nominativa 326

6.—Accesión en la legitimación activa 328

§ X

RESOLUCION Y DESISTIMIENTO

1.—Modificaciones resolutivas de las obligaciones. Medios de disolución de la relación de la obligación: función y estructura 331

2.—Disolución consensual y resolución como medio de defensa contra el incumplimiento. Resolución potestativa y resolución automática de la relación contractual bilateral 332

3.—Rescisión unilateral de la relación contractual; variedad de funciones. En particular, el poder de rescindir como defensa causal, cuyo ejercicio está subordinado al concurso de una "causa justa"; su controlabilidad 336

§ XI

EXCLUSION. OTRAS MODIFICACIONES CONCERNIENTES AL OBJETO

Exclusión de la relación de sociedad 341

2.—Indicación sobre las modificaciones que afectan al vínculo o al objeto 344

Págs.

SECCION CUARTA

DEFENSA DE LAS OBLIGACIONES: PREVENTIVA Y CON POSTERIORIDAD AL INCUMPLIMIENTO

§ XII

MEDIOS PREVENTIVOS Y MEDIOS CONSERVATIVOS

A) Medios preventivos del peligro de insolvencia: Pérdida del beneficio del término 349
a) Cesión de bienes a los acreedores 350
b) Abandono de bienes hereditarios 353
c) Distribución en caso de colisión entre los acreedores. 355
B) Medios que tutelan al acreedor 356

§ XIII

LA ACCION SUBROGATORIA

Problema de su construcción dogmática a la luz de su génesis histórica. Crítica de planteamiento erróneos. Calificación dogmática de la acción subrogatoria, según se deduce de su elaboración histórica; medio preparatorio de un procedimiento conservativo o ejecutivo 359-372

§ XIV

CONTINUACION SOBRE LA ACCION SUBROGATORIA

Planteamiento de las cuestiones concernientes a la estructura dogmática de la acción subrogatoria. Sus perfiles procesales. 373
a) *El interés de obrar*: refutación de concepciones erróneas. 373
b) *Legitimación para actuar* (doble legitimación) 376
c) *Posición procesal del acreedor*: consideraciones sobre concepto de sustitución procesal 379
d) *Causa petendi*: qué derechos pueden hacerse valer por medio de la acción subrogatoria. Solución negativa para

Págs.

las acciones de estado. Solución diferenciada para las facultades jurídicas de relevancia patrimonial. Criterio sobre los derechos potestativos. El poder que corresponde en virtud del artículo 524 del C. C. Crítica de concepciones erróneas; construcción dogmática 382

e) *Peitum y alcance* de la acción subrogatoria ejercitada con éxito 392

§ XV

LA ACCION REVOCATORIA

Precedentes históricos. Construcción y esquemas dogmáticos... 393

A) Hecho constitutivo de la acción subrogatoria: elementos subjetivo y objetivo del ilícito por parte del deudor que dispone y del tercero cómplice: artículo 2.740 y el poder de disposición. Análisis del elemento subjetivo de ilícito imputable al deudor o referido a un tercero "consilium fraudis" y "consciencia fraudis". Crítica de ciertos puntos de vista erróneos. Análisis del elemento objetivo del ilícito: "eventus damni" 397

B) "Petitum": rescisión en la medida del perjuicio 407

C) Legitimación pasiva en la acción revocatoria, en particular en la posición del subadquirente 427

§ XVI

SECUESTRO CONSERVATIVO

Función de la acción de seguridad tendente a medidas provisorias cautelares. Crítica de las teorías que afirman la existencia de un derecho general de prenda sobre el patrimonio y de la que, por el contrario, cree que se trata simplemente de una acción. Discusión del problema. Presupuestos del secuestro conservativo: "fumus boni juris" (causa petendi), "periculum in mora" (interés en la acción), "petitum" (medida cautelar). Responsabilidad de la persona que insta el embargo 435-447

Págs.

§ XVII

BENEFICIO DE LA SEPARACION DE BIENES DEL DIFUNTO EN FAVOR DE LOS BIENES DEL HEREDERO

Legitimación de los acreedores de la herencia frente al heredero y sus acreedores: preferencia y exclusión. Exégesis de los artículos 512-514. Prohibición de aprovechar la reducción (artículos 557-564) 449-456

§ XVIII

SUSTITUCION LEGAL DE UN CREDITO DEL DEUDOR ENCOMENDADA A LA INICIATIVA DEL ACREEDOR

Acoplamiento de relaciones y exteriorización. Problemas constructivos sobre el poder de apropiación conferido al acreedor. Doble orden de hipótesis:

a) Dependencia de una relación obligacional en pleno vigor para aprestar un medio más rápido de satisfacción 462

b) Dependencia de una relación en condiciones de energía atenuada para proporcionar al acreedor un medio subrogado del "comodum obligationis" 466

§ XIX

LA DEFENSA DE LA OBLIGACION CON POSTERIORIDAD AL INCUMPLIMIENTO

Disciplina y forma. Relación teleológica entre derecho a la sanción y poder procesal de acción. Crítica de la concepción procesalista de Carnelutti 477-493

SECCION TERCERA

I

FUENTES Y VICISITUDES DE LA OBLIGACION

PREMISA PARA EL ESTUDIO DE LAS FUENTES Y VICISITUDES DE LA OBLIGACIÓN:

I.—DIVISIÓN DE LAS FUENTES DE LA OBLIGACIÓN.

II.—FUENTES Y VICISITUDES DE LA OBLIGACIÓN.

III.—HETEROGENEIDAD DE SIGNIFICADOS DE "CONTRACTUS".

IV.—TIPICIDAD DE LOS NEGOCIOS FUENTES DE OBLIGACIÓN.

V.—ONEROSIDAD Y GRATUIDAD DE LOS NEGOCIOS FUENTES DE OBLIGACIÓN.

VI.—VARIAS FUNCIONES Y EXIGENCIAS SOCIALES DE COOPERACIÓN.

VII.—RAZÓN DE LA EFICACIA OBLIGATORIA DE ACTOS NO CONTRACTUALES, COMPRENDIDOS EN EL ESQUEMA DE "CUASI-CONTRATO".

VIII.—RAZÓN DE LA EFICACIA OBLIGATORIA DE HECHOS DETERMINANTES DE UN DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL ENTRE LAS ESFERAS DE INTERESES DE DOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD.

IX.—ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO DE LA RESPONSABILIDAD AQUILIANA.

(*) PREMISA PARA EL ESTUDIO DE LAS FUENTES Y VICISITUDES DE LA OBLIGACION

En el umbral del estudio sobre la problemática de las fuentes y modificaciones de la obligación, será oportuno llamar brevemente la atención sobre aquellas ideas y conceptos a cuya luz se va a realizar este estudio. Creemos que sólo partiendo de una visión de lo que constituye la explicación de la autonomía privada en el plano de la vida social se pueden llegar a plantear correctamente los problemas que se debaten en el terreno de las obligaciones; y, únicamente, mediante la idea de una *cooperación* exigida entre los coasociados en las situaciones de intereses respectivos, se puede aclarar una investigación dirigida en tal sentido.

En efecto, lo que constituye el fenómeno de la recepción de los preceptos de la autonomía privada, que el derecho realiza valorando determinados tipos de intereses —relevantes ya para los particulares en el terreno social— para dotarlos de una tutela y un congruo tratamiento jurídico, adquiere una particular importancia y significación en el tema de las relaciones obligatorias. Es necesario referirse, por tanto, en este aspecto de la investigación, a principios expuestos en otra parte (v. *Teoría general del negocio jurídico*, §§ 22, 23, etc.). Pero resulta igualmente seguro que las fuentes y vicisitudes de la obligación se iluminan con una luz nueva cuando son analizadas con un criterio dinámico y en relación a la situación típica de los intereses entre las partes de la relación obligatoria, teniendo presente la idea directriz de la cooperación.

(*) La traducción y notas de esta parte de la obra ha sido realizada con la colaboración del Prof. don Luis José Fernández de la Gándara.

A) Los negocios que la ley valora como fuentes de las obligaciones —estén o no fundados en el acuerdo de las partes, es decir, sean contractuales o unilaterales— configuran siempre núcleos de intereses típicos que la ley tutela porque satisfacen típicas funciones de cooperación en la vida social. Y, ciertamente, la exposición se aproxima más a la vida si los contratos que el Código señala individualmente, uno tras otro en el cap. 26 del Tit. II del Libro IV, como perlas de una colección, se reagrupan, por el contrario, por afinidad —junto a los actos unilaterales— bajo el aspecto teleológico de las funciones de *cooperación* a las que sirven. Así podemos enunciar una clasificación que se funda sobre aspectos: *a)* de la circulación de los bienes mediante enajenación: contrato de compraventa, de doble, de permuta, contrato estimatorio, suministro; *b)* de la circulación mediante transmisión para uso temporal —para funciones de cambio o de préstamo, de *fruit* o de *uti*—: arrendamiento de cosa, arrendamiento, en general, comodato; *c)* bajo el aspecto de la función de crédito: mutuo, cuenta corriente, contratos bancarios, mandato de crédito, títulos de crédito, letra de cambio, cheque, fe de depósito y nota de prenda, seguro, renta vitalicia, pago de lo indebido, juego y apuestas (con la reserva de que estos dos últimos son fuentes de obligaciones únicamente bajo particulares condiciones, faltando las cuales originan sólo obligaciones naturales). Además, podemos distinguir: *d)* bajo el aspecto de la garantía y de la composición de intereses en conflicto mediante autotutela consensual; fianza, anticresis, prenda, garantía por el hecho de un tercero, reconocimiento de deuda y promesa de pago y otros actos satisfactorios (en la medida, se entiende, en que derive de ellos una responsabilidad), transacción novativa, cesión de bienes a los acreedores: bajo este aspecto se examinan los contratos de aseguramiento (transacción, compromiso, etc.), en los cuales se expresa un poder de composición convencional de los interesados que conduce a arreglar el conflicto de los intereses, evitando llegar al remedio extremo de la expropiación forzosa; *e)* en el aspecto de un "opus" por realizar: locatio operis en general, contra-

to de empresa, transporte; *f)* en el aspecto de la cooperación gestoría o intermediación de servicios: mandato, comisión, gestión, mediación, depósito; *g)* en el aspecto de cooperación subordinada con el trabajo personal: varios tipos de contrato de trabajo; *h)* en el aspecto de cooperación asociativa con la puesta en común de bienes y de compromiso personal: varios tipos de sociedad y contratos de estructura asociativa.

B) A la distinta función —función, podríamos decir, de cooperación bajo forma negativa— de restablecer un equilibrio alterado o de reparar un daño injusto sirven por el contrario: *i)* la obligación por enriquecimiento injusto y, *l)* la responsabilidad por daño injusto (art. 2.043) atribuida en razón de hechos ilícitos (dolo o culpa) o por otro título, como puede ser el criterio que se fija en el poder de control correspondiente a determinados consociados sobre la actividad de de los otros, que es causa del daño, el criterio del *cujus commoda eius et incommoda,* etc. Como se verá con detalle más adelante, dichas obligaciones nacen no ya de un negocio jurídico, sino de una situación de desequilibrio a la que la ley liga una obligación de reintegrar, o bien de un acto o hecho lesivo del interés de un socio, que la ley califica de ilícito, incorporándole una responsablidad y una obligación de reparar, en atención a la exigencia general de respeto y conservación de la esfera de intereses ajenos, según el principio *alterum non laedere.*

C) De modo semejante a una situación objetiva —relación cualificante o legitimante—, o bien, mera situación de hecho vienen consideradas por la ley las obligaciones que prescinden de un comportamiento de los sujetos, como *m)* aquellas que entre parientes cercanos (433) originan la obligación de alimentos, las obligaciones de los participantes en la comunidad *pro indviso,* las nacidas de la situación de hecho de vecindad (843-44) y, en general, las *obligat. propter rem* y *n)* las obligaciones que se anudan a un cargo de derecho privado, como el de tutor, curador, etc. Tales especies de relaciones no pueden reducirse a un único aspecto de coope-

ración, como es posible en las precedentes, sino que en ellas la función de cooperación responde de forma diversa a la funcionalidad de la relación jurídica a la que se anuda y que se manifiesta cada vez en que tiene precisamente carácter de "*Zustandsobligation*", diferenciándose en cada tipo de relación o en cada situación objetiva a la que la ley anuda la obligación.

Ahora bien, cada tipo de negocio —tenga o no una denominación y disciplina legislativa propias— sirve a una propia función social típica de cooperación que la caracteriza y diferencia de las otras: obedece, por tanto, a una exigencia de tipicidad que, si no es legislativa, es ciertamente social. (v. *Teoría gen. del neg.*, § 22). Los tipos de relaciones obligatorias, cuyo nacimiento está unido a aquellos negocios, se corresponden y son congruentes por entero con las funciones sociales de cooperación a las que sirven y en las que están inspirados los núcleos de interés en que esos negocios consisten. Y la función que caracteriza y diferencia cada tipo de negocio fuente de obligación, determina también la configuración, legal o convencional, del respectivo tipo de relación obligatoria que a éste se anuda.

Por lo que a las *modificaciones* de la obligación se refiere, también sobre éstas puede conseguirse una mejor comprensión, si se tiene en cuenta la exigencia de circulación de los créditos y, en términos generales, de las relaciones obligatorias, incluso en orden a su cumplimiento y, por tanto, se examinan aquellas modificaciones a la luz del interés práctico que promueve su iniciativa: interés cambiante, a través del cual, únicamente, resulta aprehensible la respectiva diferenciación: así en la llamada cesión del contrato y en la cesión de crédito (cesión *pro soluto o pro solvendo*), en la novación (con particular referencia a la transacción), en la subrogación y sucesión en la relación y en el débito, y en todas las figuras de aquellos fenómenos jurídicos que se conocen con el nombre de delegación, indicación de pago, asignación (pasi-

va y activa), autorizativa y acolativa, promesa y subasta, separación, resolución, reconocimiento de deuda y aseguramiento.

Desgraciadamente falta en los estudios corrientes una orientación dinámica y funcional en el tratamiento de los intereses en juego, en especial por lo que se refiere al nacimiento y modificación de la obligación; pero nosotros consideramos indispensable tal orientación en aquella investigación jurídica que tienda a una comprensión clara de semejantes fenómenos, y no sólo de esos, de acuerdo con la realidad de la vida social.

DIVISION DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Art. 1.173. Necesidad de una remisión a la historia de los dogmas, para una mejor comprensión del problema en el derecho actual. Heterogénesis de significados de la palabra contractus: diferenciación del «contractus» romano del contrato de Derecho actual. Concepto de este último y problemas que en él se contienen: falsedad del dogma de la eficacia obligatoria de sólo el consentimiento. Sentido de los artículos 1.323 y 1.324 en el cuadro de la autonomía privada.

La disciplina de las relaciones de obligación se contiene, en el código actual en el artículo 1.173, según el cual las obligaciones se derivan de contrato o de acto ilícito o de cualquier otro acto o hecho capaz de producirlas de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

La formulación de esta norma no es de las más felices y no puede ofrecer una adecuada comprensión del problema sin ser iluminada y fundamentada por una visión crítica de la historia de los dogmas y de las ideas del derecho romano desde su fase más antigua hasta el derecho clásico y justiniáneo y en la elaboración sucesiva del Derecho romano-común hasta el desarrollo del pensamiento de la pandectística alemana y de la doctrina francesa e italiana del Código de Napoleón y del Código Civil italiano de 1865.

Antes de comenzar, de forma particularizada, con un recorrido histórico encaminado en tal sentido, arroja mucha más luz sobre la cuestión observar que en las clasificaciones

romanas, a través de una milenaria heterogénesis de significados, se destacan los dos términos fundamentales de *a)* negocio y *b)* hecho ilícito. Pero la significación que el derecho actual incorpora a los dos términos "contrato" y "delito" es completamente diferente de la que incorporaba el Derecho romano, al menos hasta la época clásica, y refleja en realidad —como veremos— las concepciones justinianeas, muy alejadas de lo que había sido el modo de ver de los clásicos en esta materia. El significado originario de la palabra *contractus* y de las expresiones *contrahere obligationem* o *contrahere negotium* era bastante diverso del que hoy se atribuye al término contrato, el cual tiene por elemento constitutivo el acuerdo de las partes (art. 1325 n. 1) y en esto se corresponde con el significado justinianeo de *contractus* como acuerdo. No así en derecho clásico en el cual *contractus* indicaba el *acto de parte* constitutivo de una *obligatio* (1); es decir, el negocio jurídico no necesariamente bilateral sino también, eventualmente, unilateral, constitutivo de un núcleo de intereses apto para crear un vínculo obligatorio —éste, naturalmente, necesariamente bilateral— en relación con la otra parte (D. 10, 3, 14, 1; 29 pr.; D. 12, 6, 33).

El *contractus*-negocio obligatorio entra sin excepción en un tipo taxativamente determinado por la ley y viene caracterizado o por una típica función económico-social que representa su causa o por una forma solemne típica que puede presentarse también separada de una causa, es decir, abstracta. Es esencial a esta figura del *contractus*-negocio la eficacia obligatoria para las partes y esto sirve para diferenciarlo radicalmente bien de los negocios translativos o constitutivos de derechos reales, los cuales son esencialmente actos de disposición (más adelante se aclarará la diferencia entre *modus adquirendi* y *titulus adquirendi);* bien de la *donatio* o del *beneficium,* figuras ambas de atribución gratuita de las que no nace una obligación (D. 39, 5, 18 pr.; D. 44, 7, 3, 1; D. 39, 6, 35, 2 ecc.).

---

(1) V. ROTONDI, *Scritti,* III, 490.

En el Derecho actual, como se ha dicho, el contrato se crea por el acuerdo de las partes: lo cual excluye de esta noción todos los actos propiamente unilaterales con los que una parte asume frente a otra obligación. En cuanto a la eficacia obligatoria del actual contrato-acuerdo, hay que rechazar el dogma que atribuye al solo consentimiento en sí mismo considerado —cualquiera que sea su objeto— la eficacia de crear la obligación en el plano jurídico. Es una fanfarronada socialmente absurda la afirmación, frecuentemente repetida, de tal desmesurado y autosuficiente poder de los contratantes en la realidad social de una comunidad; en cambio se muestra claramente cómo el consentimiento que se forma en un contrato sobre un determinado núcleo de intereses, para tener eficacia obligatoria debe responder a una típica función económico-social, que es objeto de valoración por parte del ordenamiento jurídico, al cual corresponde apreciar si aquel núcleo es merecedor de su tutela (art. 1.322). Donde el ordenamiento jurídico, en su valoración, reconozca merecedor de tutela el ajuste de interés que las partes han tenido en cuenta, se produce una especie de recepción en su órbita, atribuyendo eficacia obligatoria a las declaraciones preceptivas de las partes (2). De acuerdo con esta orientación, el artículo 1.323 enuncia una regla sobre *interpretación* de las normas generales sobre los contratos, extendiendo, correctamente, la aplicación directa de las mismas a los contratos anómalos, es decir, no conformados según los tipos legislativos (impropiamente llamados "atípicos"), innominados en el sentido moderno (no en el sentido de los contratos reales del Derecho romano), sin excluir con esto la aplicabilidad, por analogía, de normas particulares propias de otros contratos nominados.

Dentro también del tema del contrato-acuerdo según la idea del Derecho actual, deben evitarse varios equívocos. Ante todo, debe advertirse que el contrato no tiene por qué identi-

(2) V. BARASSI: *Obligazioni*, II, 328, 331 y ss. Cfr. BETTI: *Typenzwang*, en «Festschr. Wenger», I, 249-283. Contra la tesis en cuestión se pronunció ya SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, 53.

ficarse con el acuerdo. Las dos figuras no son antitéticas entre sí, lo cual está demostrado también por el hecho de que el acuerdo es elemento constitutivo del contrato (art. 1.325 n. 1): pero, sin embargo, es necesario distinguir entre los dos términos en cuanto que, en la sistemática del derecho actual, el contrato es referible más bien a la idea de la composición de intereses contrapuestos y en conflicto entre sí, y el acuerdo, concebido en sentido estricto y técnico, se limita a designar la idea de fusión de intereses convergentes y paralelos (v. *Teoría del negocio*, § 38). Así pues, hay acuerdos que no son contratos, como el matrimonio, la adopción, los consorcios, etc.

Además, no debe decirse que el acuerdo que se manifiesta en el contrato, por obra de las partes, y que puede definirse como la congruencia de las declaraciones o de las conductas respectivas respecto al núcleo de intereses considerado (*Teoría del negocio*, § 38), haya de anudarse siempre el nacimiento de una relación de obligación. En efecto, en el Derecho actual, a diferencia del Derecho romano, el contrato puede originar tanto una transmisión de propiedad cuanto una constitución y transmisión de derechos reales (arts. 1.376, 1.378). Dado que el derecho concede a los actos de autonomía privada una tutela, únicamente cuando respondan a determinadas funciones que sean socialmente útiles, es decir, funciones caracterizadas por una tipicidad ante todo social, y dado que en un orden de ideas semejante la protección de la función económico-social (causa) del negocio viene a constituir la *ratio iuris* de las normas que reconocen la autonomía privada, es obvio que el tratamiento jurídico correspondiente se refiera constantemente a aquel elemento fundamental (causa) que determina el fenómeno de la recepción en la órbita del derecho. Es lógico, por tanto, que no surja una obligación cuando, aun existiendo acuerdo, la causa tenga carácter ilícito (arts. 1.343, 1.344, 1.345) (v. *Teoría general del negocio*, § 22) o el negocio carezca precisamente de una causa idónea para justificar la tutela jurídica (art. 1.322, 1.325; con-

fróntese art. 1.414 en materia de simulación; arts. 627 y 1.933 en materia de obligación natural).

Por otra parte, y siempre a propósito de la eficacia obligatoria del contrato-acuerdo, ha de observarse que pueden darse actos unilaterales que pueden calificarse como negocios *inter vivos,* dotados igualmente de eficacia obligatoria frente a los sujetos que llegan a ser partes de la relación. En efecto, según la norma del artículo 1.324 —que debe calificarse como norma de segundo grado, que disciplina la admisibilidad y los límites de una *interpretación analógica* de las normas generales sobre los contratos— es posible extender a tales actos la disciplina de los contratos, así como las normas que disciplinan el tipo de contratos más afín: así podrá aplicarse a la gestión, en los límites concedidos por la interpretación analógica, la disciplina propia del mandato, tal como resulta del capítulo IX, título III del Código: en particular las normas de los artículos 1.710, 1.711 (al que se remite el art. 2.030). Así para el pago de lo indebido, las normas sobre el pago, etc.

Creemos pues —y anticipamos así nuestras conclusiones— que una orgánica y racional clasificación de las fuentes puede ser la siguiente: *a)* obligaciones nacidas de un negocio jurídico, sea éste un contrato dotado o no de una denominación y disciplina propias o un acto unilateral; *b)* obligaciones que la ley anuda a una situación de hecho *(Zustandsobligation)* que es capaz de engendrar un contacto social entre dos esferas de intereses como en los artículos 843-844 o una relación cualificante, como en la relación alimenticia legal (art. 433) y en las *obligationes propter rem* (arts. 1.104, 1.115, 362, 366, 367, 882, 888, 1.070, etc.); *c)* obligaciones nacidas de un desequilibrio patrimonial (art. 2.041) o de un hecho ilícito que es causa de un daño injusto para la otra parte (2.403) bien sea el daño referible a un hecho imputable, es decir, propiamente ilícito, bien sea dado por una situación de hecho, objetiva que, prescindiendo de una culpa concretamente demostrable, resulte no obstante ligada por un nexo de imputabilidad a la esfera de control de la otra parte —poder de control

que determinados sujetos tienen sobre la actividad que es causa del daño (arts. 2.046, 2.047, 2.048, 2.049, 2.050, etc.) (2 bis) o conduzca a una atribución de responsabilidad en virtud del principio "*cuius commoda eius et incommoda*".

Al llegar a este punto es necesario destacar cómo aquella doctrina que se muestra todavía tenazmente adicta al dogma de la voluntad, adopta una posición perpleja y contradictoria cuando se trata de diferenciar las fuentes en las que se engendra la obligación por un negocio jurídico y aquellas en las que el nacimiento de la obligación prescinde de una voluntad conforme o de una aceptación. Así, inconcebiblemente BARASSI (3), que oscila entre la pretendida omnipotencia de la voluntad individual dirigida a producir efectos jurídicos y las exigencias de la solidaridad social y de la cooperación que justifican el juego de la *fides* y el nacimiento de obligaciones, independientemente de una intención consciente encaminada hacia aquellos efectos jurídicos. Esta sobrevaloración de una presunta intención jurídica dirigida a asumir la obligación induce a BARASSI a negar a la gestión y al pago de lo indebido el carácter de actos negociales y a rebajarlos al nivel del enriquecimiento sin causa, aun cuando haya de reconocer que en el enriquecimiento el efecto jurídico "está lejos de secundar el hecho de que ha nacido la obligación" (y por consiguiente aquí la ley prescinde verdaderamente de la voluntad del interesado) mientras que en la gestión no se puede negar que "la ley secunda la voluntad del particular en la intromisión en los negocios ajenos" y por tanto no prescinde en modo alguno de su propósito de obrar en interés ajeno.

Indice de la importancia del elemento subjetivo es, por otra parte, la calificación de *contractus* que ya Paulo, en D. 3, 15 (16) da a la gestión de negocios de acuerdo con la conscien-

---

(2 bis) U. BETTI: *Consderazioni sulla forza maggiore come limite di responsabilita del vettore ferroviario*, 34 y ss.

(3) *Obligazioni*, II, 5, 333-337.

te ingerencia en la esfera ajena de intereses ya que si falta la conciencia de ser ajeno el negocio desaparece la figura de la gestión (D. 10, 3, 14; I; 29 pr.: *id ago ut alium mihi obligem).*

El aspecto del negocio diferencia también el pago de lo indebido, que constituye siempre una transmisión onerosa (4) del enriquecimiento sin causa. En aquel se reclama lo que se ha dado en cuanto se descubre que falta el fundamento o presupuesto objetivo de la *causa solvendi* que es la subsistencia del débito que ha de ser satisfecho (5). Aquí, por el contrario, es decisivo un criterio de equidad distributiva que entra en juego, no ya porque falte un valido *modus adquirendi* que legitime la adquisición (el "Erhalten"), sino porque viene a carecer de justificación, es decir de legitimidad (y no ya de licitud), la conservación (el "Behalten") del aumento patrimonial adquirido a expensas de otro y en detrimento ajeno (6), es decir, viene a faltar un "*titulus retinendi*". Pero todo esto se verá ampliamente más adelante.

Es necesario ahora, como ya anunciamos, realizar un recorrido histórico sobre el problema de las fuentes en Derecho romano hasta la clasificación bizantina e iluminar por todos los lados el planteamiento del problema en lo que se refiere a la doctrina, hasta llegar al Código de Napoleón (art. 1.370, 1.371) y al Código Civil italiano de 1865 (art. 1.097).

---

(4) Una *lex suae dationi dicta*, según la acertada intuición de BRINZ, «Pandekten», II, 134-135; 473-477 (mal entendida y erróneamente critida por SIMONETTO, «Contratti di credito», 71-74) y por tanto, aproximada al pago según la sistemática del Código argentino, tit. XVI, y al mutuo.

(5) V. BETTI: «Bull. dir. rom.», 1913, 63 y ss.; desencaminado, KLINGMUELLER, «Begriff des Rechtsgrundes», 87-95; equivocada perspectiva la de F. SCHWARZ, «Grundlage der Condictio», 221, 223, cuando postula una *causa retinendi.*

(6) ENNECERUS-LEHMANN, *Schuldverh.*, 1950, 222, 863 y ss. en nota.

§ II

LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES
GENESIS HISTORICA

1. Problema de prioridad histórica de la obligación derivada de negocio jurídico sobre la obligación nacida de delito: génesis posterior de esta.—2. Cuestión relativa al clasicismo de la crítica de Gaio sobre la calificación del pago de lo indebido como contractus.—3. Cuestión concerniente al valor de la clasificación tripartita de Gaio de las fuentes de obligación y el significado originario de las variae figurae.**—4. Génesis de la división cuatripartita justinianea de las fuentes de obligación: cuestión acerca de su procedencia clásica.—5. Construcción de la categoría de los cuasi-delitos.—6. Formación de la categoría de los cuasi-contratos: sus engranajes y conexiones con el derecho clásico.—7. Breve indicación sobre el carácter de la responsabilidad aquiliana.—8. Problema de la génesis histórica del artículo 1.097 del c.c. 1.865: concepción romanística del acto de parte como fuente exclusiva y concepción moderna de la ley como causa generadora de obligaciones.—9. Conclusión.**

1. Un grave problema es el relativo a la primitiva fuente de obligación en Derecho romano. No se trata con ello de ver si el delito es más antiguo que el *contractus* sino si el delito fue causa generadora de obligación antes de serlo el *contractus;* o si, por el contrario, se reconoció una *obligatio* derivada del negocio jurídico en una época en la que el delito privado no estaba considerado todavía como creador de obligación. No se trata de una cuestión cronológica, erudita, sino de una cuestión histórico-jurídica de competencia exclusiva del jurista.

Ninguna razón de orden histórico, ni de orden lógico, nos obliga a pensar que la fecha de origen de la *obligatio ex delicto* coincidiese, necesariamente, con la fecha de origen del mis-

mo delito privado. Entre éste y la *obligatio ex delicto* no existe un nexo tan íntimo y necesario como el que hay entre el *contractus* y la *obligatio ex contractus*. El *contractus* es por su misma esencia, negocio creador de obligación. Está hecho precisamente para "*contrahere obligationem*". Por consiguiente, la *obligatio ex contractu* no puede haber nacido históricamente más que en el momento en que comenzó a ser conocido y practicado el *contractus*. No puede concebirse, por ejemplo, que el *nexum* no crease desde su origen una *obligatio* (que era exactamente el estado de *nexus)*. En la *obligatio ex delicto,* por el contrario, la relación entre el supuesto y el efecto jurídico, entre la fuente y la obligación es bastante menos obvia. Y no se precisa mucha profundidad de observación para convencerse de que la diferente fecha de origen del delito y de la obligación nacida del delito responde, no a una mera posibilidad hipotética sino también a la efectiva realidad histórica, tal como es posible reconstruirla sobre la base de datos seguros.

Si la obligación primitiva hubiese sido simplemente la sanción de lo ilícito, se podría admitir y justificar una diversa situación del problema. Pero no es así. Por lo que nos ha sido posible entrever a través de elementos orgánicos —seguros, y no equívocos— de la obligación clásica (7), la obligación más arcaica nos revela una estructura compleja y característica que no permite calificarla, sin más, como sanción de lo ilícito. Se nos presenta como un vínculo que puede resolverse, como una prisión redimible de persona *sui iuris;* y es esencialmente garantía para un supuesto esperado: *Haftung,* dirían los alemanes. Por lo demás, presupone en el acreedor la

(7) Mediante una aplicación correcta y cuidadosa de aquel «método orgánico» del que Bonfante es modelo y maestro (v. *Scritti giuridici vari,* 1, pp. IX-X, 109, 110, 186, 190-94, 350, 361, 417,20, 503-8; *Storia diritto romano,* 3.ª ed. (1923), 1, 9 y ss.; cfr. «*Riv. it di sociologia*», 21, pp. 53 y ss.; 22, pp. 3 y ss., 347.). Tal aplicación del método orgánico es la que nosotros intentamos hacer en nuestro estudio sobre «La estructura de la obligación romana y el problema de su génesis» (1919). V. especialmente, pp. 3-38; 106-151.

expectativa jurídica de un suceso futuro: no importa si debido o no (en su origen, el obligado, más bien, no debía nada). Ahora bien, el delito privado en sus orígenes creaba entre el culpable y el ofendido una situación jurídica que era completamente distinta de ésta. Según la aceptación acorde de los especialistas, ésta no producía otro efecto que la pura y simple exposición del culpable a la represalia (vindicta) del ofendido. Es claro que esta exposición a la represalia no pudo ser, y jamás lo fue, concebida por los romanos como *obligatio*. ¿Qué suceso esperaba el ofendido? ¡Ninguno! ¿Esperaba la pena? Era ésta, precisamente, el ejercicio de su derecho ya que no tenían otro derecho que la *vindicta* ¿acaso esperaba el pago de un precio de rescate, de una *poena,* en el sentido que los romanos entendían esta palabra? Pero la *poena* —precio de rescate del culpable y, al mismo tiempo, reparación pecuniaria del daño—, es una institución de fecha relativamente reciente, cuyo nacimiento puede decirse que tocamos con la mano en el período de la legislación decemviral: mientras que el delito privado, y la *vindicta* correspondiente, se pierde en la noche de los tiempos.

En sus orígenes, el precio de rescate presupone, en verdad, una *pactio,* un convenio encaminado no sólo a determinar la cuantía sino también y, sobre todo, a regular, hasta el pago efectivo, la situación jurídica del culpable o del tercero que ocupaba su lugar. Si, entre tanto, el tercero, o el culpable mismo, se constituía en rehén del ofendido entonces sí que la condición que asumía era la de un *obligatus* porque le originaba una situación de vínculo, una *obligatio,* que servía precisamente para garantizar al ofendido el cumplimiento del acuerdo. Pero tal *obligatio* resultaba constituida por un acto del mismo obligado y tenía como fuente precisamente este acto de parte encaminado a constituirla. Y un acto de parte de esta naturaleza constituye el núcleo fundamental de lo que los clásicos entienden por "*obligationem contrahere*" o por *contractus* (8). En los términos señalados, el delito

(8) Sobre este sentido del «contrahere» ver nuestras observaciones en

privado no era fuente de obligación porque no era él quien la creaba: constituía, simplemente, la ocasión por la cual se constituía la *obligatio,* el motivo del *contrahere obligationem.* Ni más ni menos que si la ocasión y motivo del *contrahere* hubiesen sido un préstamo de dinero. Así como, en la hipótesis del mutuo, causa del *contractus* era la restitución del dinero recibido, en la hipótesis de un delito cometido, causa del *contractus* era el cumplimiento del acuerdo. Ha sido demostrado de forma positiva (Liv. 8, 28) que el primitivo *nexum* podía ser contraído tanto por *pecunia credita* como por aquel *"qui noxam meruisset, donec poenam lueret".*

En realidad, el delito privado no pudo convertirse en fuente de obligación hasta después de que la costumbre de constituirse en rehén, como garantía del cumplimiento de un acuerdo, libremente convenido, fuera sustituido por el régimen de las llamadas composiciones legales (9). Entonces sí que del delito, como tal, surge una obligación: porque no fue ya necesario que el culpable, u otro por él, la asumiese con un acto propio. Desde entonces era la ley la que anulaba el acto ilícito del particular una obligación: sin más, automáticamente. Y únicamente entonces fue cuando, junto al acto de parte orientado a constituir una *obligatio,* vino a colocarse también, como fuente de obligación, aquel acto de parte que —aun no estando dirigido a constituirla, sino mirando más bien a un fin muy distinto—, era valorado y reconocido por la ley como capaz de hacer surgir la obligación, en oposición con la voluntad individual, precisamente porque esa voluntad era ilícita (v. más adelante, núm. 7). Entonces fue cuando al negocio obligatorio (10) se le equipararon y contrapusieron

---

«Bull ist dir rom.» 28 (1916), p. 90 nota; *Struttura dell'obligazione romana,* 168, 170.

(9) Esta evolución histórica intentamos delinear a grandes rasgos en la «*Struttura dell'obligazione romana*», 82-95 y 193-203.

(10) No es adecuada la calificación que ALBERTARIO, en «Rivista del diritto commerciale», 1923, I, 497, 500, 502, 503, 504, da del *contractus* como «negocio lícito», siguiendo las huellas de PEROZZI, que lo había calificado como «negocio».

algunos actos ilícitos; es decir, fueron elevados al grado de fuente de obligación.

Pero ¡cuánto camino hubo de recorrerse antes de llegar a este punto! El régimen de las composiciones voluntarias apenas aparece formado en parte, y en parte en vías de formación, en la ley de las XII Tablas. Y no todos los delitos privados previstos en esta ley (tabla VIII) fueron elevados después al grado de fuentes de obligación; algunos nunca llegaron a serlo. Tampoco se debe olvidar que las fuentes de obligación son típicas, es decir, taxativamente determinadas por la ley y que en derecho clásico los delitos privados creadores de obligación no son más que cuatro. De los cuales, únicamente dos (el *furtum* y la *iniuria*) están comprendidos en las XII Tablas (11). Por lo demás, nadie pone en duda que el régimen denominado de las composiciones legales haya estado precedido históricamente del régimen de las composiciones voluntarias. Que las composiciones voluntarias luego diesen lugar en derecho romano a *obligationes ex contractu,* siquiera sea con ocasión de delito es en cambio una verdad que ha tropezado con la resistencia de inveterados prejuicios y de tenaces hábitos mentales. Pero no por ello debería ser menos evidente para el jurista.

Concluyendo con esta materia, el vicio lógico del planteamiento, seguido, por lo que hace treinta años era la opinión dominante, constituía un caso típico de sofisma que en las viejas escuelas se conocía bajo el nombre de *ignoratio elenchi.* Porque el demostrar la mayor antigüedad del delito conduce a probar lo que es diferente del asunto en cuestión si la *obligatio ex delicto* nació antes que la *obligatio ex contractu.*

Forque, como advertíamos, los romanos sentían el contrato, no tanto en función de la hipótesis cuanto en función del efecto jurídico, es decir, como constitución voluntaria de un vínculo que se refiere al núcleo de intereses.

(11) Al menos formalmente. Sustancialmente tres, porque también la *rapina,* a pesar de la acción pretoria, ha permanecido como fuente de *obligatio* al quedar comprendida en el concepto de hurto.

2. Otras cuestiones hacen referencia al valor de la clasificación tripartita, de Gaio, de las fuentes de obligaciones y al valor genuino del conocido texto de las Instituciones de Gaio, III, § 91, relativo al pago de lo indebido. En cuanto al carácter genuino de este texto, alguno lo niega, al afirmar la crítica postclásica: *sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.* Tampoco se ha planteado aquí la cuestión en sus justos términos.

En realidad, quien quiera examinar críticamente el carácter clásico del contenido de un texto, debe plantearse adecuadamente dos cuestiones (o grupo de cuestiones): a) si desde un punto de vista clásico, puede explicarse el contenido de un texto y ello en qué medida, y en caso de negativa, total o parcial, b) si el contenido del texto resulta, por el contrario, explicable a la luz de los nuevos puntos de vista y conceptos dogmáticos del derecho postclásico y justiniáneo. La primera es, lógicamente, previa a la segunda, y resulta tanto más necesario estudiarla a fondo cuanto que se trata de textos que están fuera de la compilación justiniánea, y lo que se pretende es demostrar la presencia de interpolaciones prejustiniáneas. Como es sabido, son muchos los textos susceptibles de una *duplex interpretatio,* es decir, que ofrecen una interpretación igualmente aceptable desde el punto de vista clásico que desde el punto de vista postclásico y justiniáneo. Para justificar la interpolación no basta con haber probado la conformidad del texto con las nuevas orientaciones de este Derecho, sino que es preciso haber demostrado una verdadera incompatibilidad del mismo con los conceptos y principios clásicos.

Ahora bien, la referencia al *animus,* que se encuentra en el texto de Gaio, responde más bien, en términos generales, al espíritu del derecho postclásico y justiniáneo. Pero no vaya a creerse que los clásicos minusvaloraron, siempre y totalmente, la consideración del *animus* de quien realizaba un negocio jurídico o un acto ilícito, e incluso de quien tenía

la posesión de una cosa. No es éste el lugar de examinar en su totalidad el problema del elemento subjetivo del negocio. Lo que interesa aquí es ver, ante todo, si, en el caso específico, la argumentación montada sobre el *animus solvendi* debe entenderse, necesariamente, no gaiana, es decir, incompatible con la concepción clásica del *contrahere*.

El argumento que alguno ha sacado de la contradicción textual no es insuperable y menos lo es aún el deducido de la pretendida falta de originalidad de Gaio. Pero, lo más importante, es que ni uno ni otro penetran en la cuestión esencial, a saber: si repugna al concepto clásico del *contrahere* la argumentación basada sobre el *animus solvendi*.

La razón por la cual niega Gaio al pago de lo indebido la calificación de *contractus* no es la de que ese pago no establezca entre el que da y el que recibe un acuerdo —un contrato en sentido justiniáneo y moderno— dirigido a crear una obligación, sino más bien otra: la de que ese pago no constituye en la conciencia de quien lo realiza un acto de parte dirigido a constituir un vínculo. Ahora bien, esta motivación tiene un sabor muy diferente al postclásico. Todos los clásicos están de acuerdo en que el *contrahere* designa propiamente la constitución voluntaria de un vínculo y el *contractus* es un acto de parte dirigido a constituir una obligatio. Como negocio jurídico, es obvio que en todo tipo de *contractus* se debe considerar y valorar la intención típica que lo caracteriza (12), siempre que tal consideración no se encuentre limitada o paralizada por la necesidad de observar ciertas formas típicas (como en la *stipulatio*). Ningún jurista clásico discute la importancia de la intención práctica que caracte-

(12) Téngase esto en cuenta frente a la afirmación, no demostrada, de ALBERTARIO (l. cit., pág. 503), según la cual «el requisito de la voluntad llega a ser un requisito esencial de la noción del contractus únicamente con los bizantinos. Lo que con los bizantinos llega a ser esencial al contractus es el requisito del acuerdo. Pero una cosa es la voluntad y otra el acuerdo. La voluntad no podía faltar en el contractus causal ni siquiera para los clásicos.

riza a cada uno de los tipos del *contractus* causal. Pero la discrepancia surge, precisamente, sobre el modo y sentido en que tal intención debe ser considerada y valorada.

En lo que se refiere al pago de lo indebido, en nuestras fuentes se manifiestan dos conceptos opuestos. Uno, debido a JULIANO, se apoya en el dogma de que *"is qui non debitam pecuniam solvit, hoc ipso aliquid negotii gerit"* (D. 12, 6, 33). El otro tiene en GAIO su representante (III, 91). En otra parte (13) intentamos caracterizar como objetivo el punto de vista de JULIANO y como subjetivo el de GAIO. Con mayor precisión, acaso pueda decirse que para JULIANO basta la intención práctica, dirigida a hacer un pago, para que haya *contractus,* sin ser necesario que vaya acompañada también de la conciencia de los efectos jurídicos del acto y de la voluntad eventual de constituir un vínculo, para el caso en que la prestación resulte no debida. Por el contrario, para que haya contrato, según GAIO, no basta con aquella intención empírica sino que se requiere una intención encaminada a constituir una obligación; es decir, es necesario que el efecto jurídico del acto de parte (la *obligatio)* esté también presente en la conciencia de quien lo lleva a cabo.

Reconstruido así el significado de la crítica gaiana, es claro que sintoniza perfectamente con el pensamiento clásico (14) y se mueve en el terreno de la concepción, común a los juristas clásicos, que ven en el *contrahere* el acto de constitución voluntaria de una *obligatio*. No debe creerse que la exigencia del requisito puesto por GAIO no fuese igualmente sentida por otros clásicos. El jurista más relevante y original de finales de la época clásica —Paulo— insiste repetidas veces en destacar como esencial al negocio obligatorio una intención práctica de constituir el vínculo. Hablando de la gestión de ne-

---

(13) *Sobre el valor dogmático de la categoría «contrahere» en los juristas sabinianos y proculeyanos,* I, en «Bull. ist. dir. rom» 28, 1915, pp. 62 y ss., 65, 66.

(14) De acuerdo SEGRÈ, *Clasif. fonti di obbl.,* 1929, in *Scritti giuridici,* III, 433-42.

gocios y de la comunidad, exige en quien se cuida de negocios que "*id agat ut alium sibi obliget*" (D. 10, 3, 14, 29 pr.) (15). Y en la *obligatio re contracta* exige "*ea causa dari et accipi ut obligatio constituatur*" (D. 44, 7, 3, 1) (16).

Pero todavía hay más. La crítica gaiana tiene también un motivo histórico profundo en cuanto que el concepto que la inspira refleja la idea originaria del *contractus* bastante mejor de como lo hace la construcción de JULIANO. En efecto, en sus formas más antiguas, el *contractus* se configura como negocio solemne: piensése en el *nexum* o en la *sponsio*. Pero, en general, los negocios solemnes del derecho primitivo —por lo que nos es posible inferir, sobre todo, de la fórmula de la *mancipatio* y de la *in iure cessio* (17)— contienen, verdaderamente, declaraciones preceptivas típicas, relativas a los efectos jurídicos. En particular, el *nexum* contenía indudablemente la declaración de constituirse en el estado de *nexus* como puede deducirse con certeza de la fórmula de su *contrarius actus*, la *nexi liberatio*, que nos da GAIO (III, 174). Por tanto, exigir en el *contractus* la intención dirigida a constituir un vínculo respondía a la idea originaria del negocio creador de obligación bastante mejor que prescindir de tal requisito.

3. Ocupémonos ahora de la división tripartita gaiana de las fuentes de la obligación en el célebre texto de las *res cottidianae*, citado en D. 44, 7, 1 pr. *(obligationes aut ex contractu*

(15) En el segundo texto dice Paulo: «hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui, at cum puto rem Titii esse, quae sit Maevii, aut esse mihi communem cum alio quam est, id ago ut alium mihi obligem», etc. Con justa visión, RICCOBONO, op. cit., 305, ha referido a Gaio los textos citados (Gaio, III, 91).

(16) No ignoramos que el carácter genuino de este texto ha sido impugnado por PRINGSHEIM en su *Animus donandi* («Z. Sav. St.», 42). Pero las observaciones de PRINGSHEIM sobre este punto no nos han convencido. Ciertamente, la noción de una causa donandi es clásica, que se contrapone a una causa onerosa. No es éste el lugar oportuno para descender a una exégesis particularizada del texto.

(17) V. a propósito, FERRINI, *Pandette*, pág. 401, n. 1.

nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris). La cuestión referente al valor de tal tricotomía y al significado de las *variae causarum figurae* debe discutirse y resolverse después de la otra que se refiere a si es genuino el texto de las Instituciones de Gaio relativo al pago de lo indebido. La cuestión del carácter clásico de GAIO, III, 91, debe ser analizado en primer lugar porque, aun prescindiendo de otras consideraciones, si la cuestión de la autenticidad de tal texto se resolviera en sentido afirmativo, se seguiría de ello que la división tripartita de las fuentes antes citada es igualmente de GAIO (18).

Alguno ha supuesto que las *variae causarum figurae,* recogidas en las *Res cottidianae,* son instituciones que toman su origen del *ius honorarium:* son los cuasi-contratos y cuasi-delitos de los bizantinos y modernos. No hay duda que son los que más tarde se llamaron cuasi-contratos (19). No debe creerse, en cambio, que GAIO comprendiera en ellas, también, los llamados cuasi-delitos, las razones de lo cual veremos más adelante. Pero, precisamente porque hay que sostener que se trata de los llamados cuasi-contratos, debe negarse que GAIO quisiera referirse a negocios jurídicos diversos de los mencionados en D. 44, 7, 5 pr. 3.

Estos son: el pago de lo indebido, el legado *per damnationem,* la gestión de negocios ajenos, la gestión tutelar, instituciones todas ellas, como se ve, que, indiscutiblemente, no

---

(18) Hemos de afirmar la legitimidad del D. 44, 7, 1 pr., como conclusión de la investigación exegética de nuestro estudio *Sul significato di contrahere in Gaio,* pág. 49 y ss. CATHARINUS (NIC.), *Observationes,* IV, 6 (en el *Thesaurus* de MEERMANN, tomo VI, pág. 792) —un desconocido precursor de Perozzi y de Albertario— manifestaba la sospecha de que la frase «ex variis causarum figuris» fuese triboniana, estimando que en ella se designaban los cuasi-contratos y los cuasi-delitos.

(19) Se discutía esto entre los glosadores. V. la Glosa ordinaria ad D. 44, 7, 1 pr. en la palabra «figuris», donde se encuentran expuestas cuatro opiniones diversas sobre el significado de las *variae c. figurae.* Desde el punto de vista del Derecho justinianeo, las *variae c. figurae* se identifican, sin limitaciones, con los cuasi-contratos y los cuasi-delitos de las Instituciones III, 27 y IV, 5.

toman su régimen del *ius honorarium* (20). Alguno ha conjeturado que quizás, entre las *variae causarum figurae* estuvieran, en el campo de los negocios lícitos, el comodato, el depósito, la prenda. Pero es una conjetura gratuita. El depósito y el comodato, en tiempos de GAIO —como él mismo lo dice (IV, 41)— ya daban lugar, al menos a favor del depositante y del comodante (21) a *iudicia bonae fidei*, es decir, a fórmulas procesales cuya *intentio* expresaba un "*dare facere oportere ex fide bona*". Aun prescindiendo de esto, para llegar a aceptar que GAIO se refiriese a otros negocios jurídicos que los mencionados en el texto del D. 44, 7, 5 pr.-3, sería necesario admitir que este texto hubiera sido no sólo modificado y adaptado (lo que se admite) sino creado de nuevo por un refundidor postclásico de la *res cottidianae*. Hipótesis esta que no parece plausible.

Pero aún hay más. Si las *variae causarum figurae* hubiesen sido realmente, instituciones disciplinadas por el derecho pretorio, GAIO no podría haber dicho: "*obligationes nascuntur... proprio quodam iure ex variis causarum figuriis*", precisamente porque la *obligatio* es una institución del *ius civile* y

---

(20) El mismo Gaio, en su crítica (III, 91) recoge como un punto firme e indiscutido que a quien haya recibido un pago indebido «proindi condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset». También nos dice (II, 204) que en el legado «per damnationem legatarium in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere». Y añade, finalmente (IV, 62), que la *actio negotiorum gestorum* y la *actio tutelae* del pupilo contra el tutor (BIONDI, *Bonae fidei iudicia* I, 86 y ss.) se hacían valer en sus tiempos con *bonae fidei iudicia*.

(21) BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, I, 90 y ss., 171. Cfr. SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno*. En cuanto a la prenda no parece probable una fórmula *in ius concepta* (v. BIONDI, op. cit., 233 y ss.); y es verosímil que en D. 44, 7, 1 pr. haya sido añadida por los compiladores la breve mención de la prenda al § 6. Por lo demás, no debe llamar la atención que los clásicos se resistan a calificar como *obligatio* la relación de depósito y la de comodato. Esto se explica por el hecho de que su recepción en el *ius civile* se produjo bastante tarde. En cuanto al concepto que tiene Gaio del *re obligari* (D. 44, 7, 1, 3-5) en las *res cottidianae* no puede decirse que sea diverso del de Instit. 3, 90, sino solamente más lato.

sólo del *ius civile*. No habría podido ser, por tanto, la suya, una tricotomía de las fuentes de las obligaciones. Si GAIO hubiese querido establecer una relación de "aproximación" o, para ser más exactos, de equiparación (a ciertos efectos) entre las *variae causarum figurae*, de un lado, y los *contractus* o los *delicta* del *ius civile* de otro, debería haber llegado, lógicamente, no ya a construir una tricotomía sino, más bien, a mantener firme la dicotomía tradicional, *contractus-delictum* En efecto, si la figura *A* es igual a *C (contractus)* y la figura *B* es igual a *D (delictum)* no es lógico reunir, juntas, las figuras *A* y *B (variae causarum figurae)* y formar con ellas un tercer grupo, contrapuesto tanto a la figura *C (contractus)* cuanto a la figura *D (delictum)*. Es lógico, más bien, incluir *A* en *C*, y *B* con *D (delictum)* siempre dentro de los límites en los que se quiere establecer entre *A* y *C*, *B* y *D*, una equiparación en sus efectos. En cambio GAIO no; en D. 44, 7, 1 pr. nada quiere saber de "aproximaciones". Contrapone netamente las *variae causarum figuris* al *contractus* y al *delictum*. Señal ésta de que el valor de la tricotomía es otro.

Un nexo lógico liga la tricotomía a la crítica manifestada en las Instituciones de GAIO (III, 91). Una interesante antítesis de criterios metodológicos, que se manifiesta claramente en las doctrinas y controversias de los juristas clásicos, se revela con particular evidencia precisamente aquí, en el contraste entre la tricotomía de GAIO y la dicotomía tradicional.

Por otra parte, la hipótesis de que los compiladores justinianeos hayan podido interpolar en el texto de las *res cottidianae* (D. 44, 7, 1 pr.) la frase "aut proprio quodam iure ex variis causarum figuriis" es inverosímil. Si acaso, los compiladores habrían añadido la mención explícita de *obligari quasi ex contractu* y de *obligari quasi ex delicto*. Estos no la habrían encubierto bajo una expresión tan enigmática y vaga. La tesis de que la expresión no sea auténtica necesita, para poder sostenerse, demostrar que constituye un glosema o una interpolación prejustinianea. Ahora bien, no es fácil dar esa

demostración. Porque sería preciso llegar a probar que las escuelas postclásicas, antes de llegar a la división cuatripartita, habían formulado la tripartita y que, en ésta, el tercer miembro hubiera resumido y reunido, juntos, aquellos que, más tarde, en la división cuatripartita justinianea, vendrían a ser dos miembros diferentes y autónomos.

La verdad es que la división tripartita gaiana de las fuentes de obligación en D. 44, 7, 1 pr. completa y explica la crítica de GAIO en la Inst. III, 91, y queda a su vez aclarada y justificada en ésta. GAIO considera y trata las *variae causarum figurae* no ya desde un punto de vista analógico —es decir, en el sentido de equipararlas o aproximarlas a las dos fuentes tradicionales— sino desde un punto de vista anomalístico, en el sentido de diferenciarlas y de mantenerlas diferenciadas de estas últimas. Ya se destacó en otro lugar esta antítesis de criterios metodológicos sobre el tratamiento de los *nova negotia* y la concesión en el *agere praescriptis verbis* (22). Pues bien, en el conjunto de las fuentes de la obligación, se da otro de estos casos. El criterio anomalístico se hace valer aquí en una tendencia delimitadora que lleva a diferenciar de los *contractus* otros negocios, que, si bien son capaces de producir una obligación, no están dirigidos a crearla: tendencia proculeyana a la que rinde homenaje GAIO. El criterio analógico, por el contrario, desemboca en la tendencia opuesta de mantener firmemente, y como exhaustiva, la dicotomía tradicional por los neo-sabinianos, especialmente por JULIANO.

Tomemos, por ejemplo, el pago de lo indebido. El contraste en esta materia entre el concepto de GAIO (III, 91) y el de JULIANO (D. 26, 8, 13; 14; D. 12, 6, 33) es sumamente instructivo y digno de atención. El negocio en cuestión no constituye para GAIO un contractus y sí, en cambio, para JULIANO. Lo que sucede es que Juliano destaca el carácter general de un elemento fundamental que el pago de lo indebido tiene en común con

(22) Sobre el valor dogmático de la categoría «contrahere» en los juristas proculeyanos y sabinianos, I, «Bull. ist. dir. rom.» 28, especialmente p. 33-34 y 23-25.

la hipótesis de otros negocios creadores de obligación: el *negotium gerere,* la intención práctica con la cual es perfectamente congruo el efecto jurídico del *dare oportere* en la persona del accipiens. GAIO, por el contrario, prefiere acentuar la singularidad, la anomalía de otro carácter que diferencia el pago de lo indebido, por ejemplo, del caso del mutuo y de la *stipulatio:* la falta de una intención jurídica dirigida a contraer un vínculo, a crear un *dare oportere.* Para GAIO, en el pago de lo indebido la intención de la parte contribuye menos, en cierto modo, a la creación del vínculo. En el nacimiento de éste hay, por decirlo así, una menor dosis de voluntariedad, de espontaneidad, que en aquellos otros negocios sin que, no obstante, llegue a ser incompatible la voluntad con el vínculo, como en el caso del *delictum.* Ahora se comprende que este criterio anomalístico debía, lógicamente, llevar a GAIO a reagrupar, en una clase independiente, aquellos negocios jurídicos obligatorios que presentasen la misma singularidad. Tales, por ejemplo, la aceptación de una herencia gravada con legados *per damnationem* o con deudas; la gestión tutelar y la gestión de negocios ajenos.

Y se comprende también, que ese mismo punto de vista anomalístico impidiera a GAIO reagrupar estos otros negocios bajo un concepto unitario y reducirlos a un común denominador: porque lo que le había inducido a hacer de ellos un grupo aparte era una razón puramente negativa: la anomalía misma del supuesto en comparación con el supuesto del *contractus.* Esto explica, bastante bien, por qué se limitó a designarlos con un nombre colectivo, de grupo, como "supuestos varios" *(variae causarum figurae);* y que las contrapusiese a las fuentes tradicionales diciendo que en este grupo la obligación nacía "de un modo particular" *(proprio quodam iure):* mientras que en los otros negocios jurídicos la obligación nace *ex contractu,* es decir, por un acto de parte dirigido precisamente a producirla (23).

---

(23) La visión que señalamos aquí nos proponemos desarrollarla a propósito de D. 44, 7, 1 pr. en la II parte —todavía inédita— de nuestro trabajo

Una vez comprobada la autenticidad de los textos de GAIO III, 91, esta formulación anomalística aparece como típicamente suya. Pero, sobre todo, aparece netamente contraria al espíritu y a las tendencias clasificadoras de los bizantinos. Estos gustan de las generalizaciones, de los esquemas bien construidos, de los conceptos abstractos y unitarios de clase. Por temperamento no son partidarios de la analogía. Por consiguiente, la informe rapsodia gaiana de las *variae causarum figurae* no podía satisfacer sus exigencias sistemático-constructivas. Y si la conservaron e hicieron el honor de recogerla en el Digesto, lo hicieron más bien porque, al menos en parte, respondía a ciertas exigencias prácticas de ellos mismos. Pero las recogieron a base de modificar profundamente su significado y valor, en un sentido que diríamos analogístico, como se verá más adelante en el número 6.

4. El problema central es el relativo a la génesis de la división cuatripartita bizantina de las fuentes de las obligaciones.

En un trabajo sobre el significado del *contrahere* en GAIO (1912), intentamos demostrar, entre otras cosas, las siguientes tesis: que la terminología "*quasi ex contractu obligatus tenetur*" (ej. D. 15, 1, 3, 8 y D. 11, 1, 11, 9: págs. 32 y ss.) y "*quasi ex maleficio tenetur*" o "*teneri videtur*" (ej. D. 44, 7, 5, 4-5, págs. 45 y ss.) lejos de ser una creación de cuño bizantino (como había afirmado PEROZZI) existía ya en derecho clásico; *b)* que las expresiones "*quasi-tenetur*" tenían para la mayoría de los juristas clásicos un valor técnico-constructivo muy determinado, en cuanto que les servían para equiparar —desde el punto de vista procesal de la responsabilidad que resultaba de ellos *(actione teneri)*— ciertos actos o hechos que no constituían fuentes de obligación a los actos de parte típicos que eran fuentes de obligación y que se llamaban, en términos técnicos, *contractus* y *delictum; c)* que tal equipara-

---

sobre el valor dogmático de la categoría «contrahere» en los juristas proculeyanos y sabinianos: parte relativa a Gaio, Papiano, Ulpiano y Paulo («Bull. ist. dir. rom.» 28, p. 6).

ción doble, de la doble fuente tradicional de obligaciones, se convirtió por los bizantinos en una delimitación, desde el punto de vista material de la estructura de los supuestos. En esta conversión, las expresiones "*quasi ex contractu, quasi ex delicto obligatus*" se conservaron, pero a la palabra "*quasi*" se le atribuyó —en lugar del valor equiparativo que tenía para los clásicos *(=perinde ac si)*— un valor característico y delimitativo *(=quasi,* en italiano), como prueba de una impropiedad de calificación. Concluíamos aquel trabajo (p. 51: "Bull. dir. rom.", 25, p. 88) llamando la atención de los romanistas sobre "la tendencia de los compiladores... a convertir una equiparación o asimilación desde un punto de vista meramente procesal —que JULIANO y los neo-sabinianos hacían de la división bipartita tradicional— en una delimitación arbitraria, desde el punto de vista material, para obtener así una división cuádruple". Nuestro pensamiento, por consiguiente, era que la equiparación "*quasi ex contractu, quasi ex delicto obligatus tenetur*" hecha por los clásicos a efectos de la responsabilidad *(actione teneri)* en el supuesto de la duplicidad de las fuentes de obligación *(obligationes ex contractu-ex delicto)* había sido transformada por los bizantinos en una, por así decirlo, delimitación por semejanza, basada sobre ciertos caracteres similares de estructura de los supuestos *obligationes ex contractu, quasi ex contractu* y, paralelamente, *obligationes ex delicto, quasi ex delicto*. Aquel toque de atención no fue inútil. Nuestro pensamiento fue recogido y desarrollado por ARANGIO RUIZ en una nota de su discurso inaugural "Le genti e le città" (págs. 42-58) en la que el autor, profundizando en esta investigación, demostró cómo el "*teneri quasi ex meleficio*" fue la construcción usada por los clásicos para caracterizar la responsabilidad originada por algunos actos ilícitos disciplinados por el derecho pretorio, los cuales —precisamente por ser de derecho pretorio— no podían ser calificados con el termino técnico *maleficium* o *delictum,* propio de los actos ilícitos productores de una *obligatio,* por ser ésta un vínculo de *ius civile*. Y, simultáneamente, lanzó la conjetura —sin demostración todavía— de que el

"teneri quasi ex contractu" fuera la construcción usada para calificar la responsabilidad originada por algunos negocios jurídicos regulados por el derecho pretorio, los cuales, precisamente por ser de derecho pretorio, no podían ser designados con el término técnico contractus, propio de los negocios generadores de obligación (24).

Tres años después de nuestro primer trabajo (25), aclarando otra tesis que de forma parecida se apoyaba en él, esto es, que "GAIO con sus objeciones había preparado el camino a Triboniano sólo en sentido negativo" (26), y anticipando las conclusiones de una segunda parte todavía inédita del estudio sobre el valor dogmático de la categoría del "*contrahere*", hacíamos notar: "Por lo demás, no debe olvidarse que la delimitación de las *obligationes*, que los compiladores llaman "*quasi ex contractu*" (27), de las verdaderas y propiamente dichas *obligationes ex contractu* había sido ya sostenida por alguno de los autores clásicos, en particular por los Proculeyanos (28); así, por ejemplo, para GAIO (por influencia proculeyana) las *obligationes* que no son *re, verbis, litteris, consensu factae,* no son *obligationes ex contractu* sin ser tampoco *obligationes ex delicto*. Y ésta constituye la delimitación (29)

---

(24) Para la delimitación que hemos indicado de las respectivas aportaciones científicas, v. nuestro trabajo y el de Arangio Ruiz, «Bull. ist. dir. rom.», 28; p. 329; cfr. p. 5 y ss.

(25) En «Bull. ist. dir. rom.», 28; p. 6, nota 1.

(26) En «Bull. ist. dir. rom.», 25; p. 88. Sobre el significado de «contrahere», en Gaio, p. 51

(27) Para los cuasi-delitos, la hipótesis de Arangio (seguida por Albertario) basta por sí sola para explicar su génesis de modo satisfactorio. No parece que pudieran disentir los proculeyanos sobre la equiparación puramente procesal de los pactos pretorios de los actos ilícitos, aunque aquéllos no eran fuente de obligación.

(28) A nuestra tesis fundamental se adhería ROTONDI en el estudio que preparaba sobre las fuentes de las obligaciones: v. *Scritii giuridici*, III, 490 También se adhirió a ella y la desarrolló ampliamente DE FRANCISCI en el volumen II de su *Synallagma* (de 1916).

(29) Mejor se diría diferenciación.

desde el punto de vista material. La novedad de los bizantinos consiste en la conciliación ecléctica de la tendencia delimitadora (30) (proculeyana) con la tendencia asimiladora (neo-sabiniana), adecuando la terminología de esta (que tenía a la vista la configuración procesal) para expresar el pensamiento de aquélla, relativo al supuesto material acogido por los bizantinos. Con esta conmixtión con la terminología asimiladora *(quasi ex contractu, quasi ex delicto tenetur)* la clásica división tripartita gaiana de las fuentes de las obligaciones en D. 44, 7, 1 pr. llegó a convertirse en la división cuatripartita bizantina de las Instituciones justinianeas (3, 13, 2)".

Para otros, en cambio, una vez desaparecida la división tripartita de GAIO, el problema se planteaba, naturalmente, en los siguientes términos: ¿cómo se ha saltado de la división bipartita clásica a la cuatripartita bizantina? Pero nadie deja de ver que un salto *ex abrupto* no responde a la continuidad y graduación en la evolución que corresponde, en general, a la historia de las ideas y, en particular, a la historia de los dogmas jurídicos. Y además, aun prescindiendo de esta falta de verosimilitud genérica, es lícito preguntar ¿cómo podría llegar nunca a la mente de los bizantinos la idea de trasladar en bloque la terminología asimiladora de los clásicos *(quasi ex contractu teneri)* por negocios jurídicos como el comodato, el depósito y la prenda a todos los otros negocios como el pago de lo indebido o la gestión de negocios? Y, sobre todo, ¿habría sido tan obvia para los bizantinos la idea de aplicar aquella terminología al pago de lo indebido, a la gestión de negocios, etc. si los clásicos jamás hubiesen dudado en calificar estos negocios como *contractus*? Esfuerzo constante de los bizantinos fue atacar, lo menos posible, el edificio clásico y encontrar en éste el engranaje, el punto de arranque, por lo menos formal, incluso para las innovaciones más atrevidas. Por consiguiente, la primera misión del investigador es la de indagar y reconstruir, del modo más completo posible, el ori-

(30) Sería más adecuado decir diferenciadora.

gen y engranaje clásico. Creemos que, en materia de cuasi-contratos, tal reconstrucción puede hacerse. He aquí cómo.

5. Ante todo, para comprender el mecanismo que los compiladores pusieron en juego al crear la división cuatripartita, hay que fijarse previamente en el procedimiento seguido por ellos al construir la categoría de las *obligationes quasi ex delicto*.

Las operaciones realizadas por los bizantinos en este campo pueden esquematizarse de la siguiente manera. Consisten: 1.º) en elevar, sin más, a fuentes de obligación, aquellos mismos actos ilícitos de derecho pretorio que los clásicos equiparaban, desde el punto de vista procesal, al *obligari ex delicto* (31), por la responsabilidad *(actione teneri)* derivada de ellos (32); 2.º) en convertir la equiparación clásica en una, por así decirlo, asimilación discrecional, que se fundamenta en una comparación de los diversos supuestos desde el punto de vista sustancial de su naturaleza, es decir, de un lado, en su fundamental afinidad recíproca como actos ilícitos (33), de otro en un carácter diferencial, que hace impropia para unos la calificación de *delictum* propia de los otros; 3.º) en crear, de modo artificial, este carácter diferencial por cuanto se refiere al mayor o menor grado de imputabilidad, la cual se hace consistir —al menos normalmente y por lo que a su

(31) Está fuera de toda duda que para los clásicos el significado técnico de *delictum* fuese el de ilícito, fuente de *obligatio* según el *ius civile*.

(32) Estos eran los siguientes (I, IV, 5; Theoph. IV, 5; D. 44, 7, 6, 4-6): *litem suam facere, affusum et deiectum, positum et suspensum, damnum iniuria vel furtum in navi caupona stabulo factum*. Sobre la fisonomía clásica de este último ilícito, v. MESSINA-VITRANO, *Note in torno alle azioni «in factum» di danno e di furto contro il «nauta», il «caupo», lo «stabularius»* (1909), 23-48.

(33) Esta fundamental afinidad explica la actitud del Derecho moderno al respecto. Hoy ya no tiene ninguna importancia práctica la distinción entre delitos y cuasi-delitos en cuanto a los límites y efectos (DEMOGUE, *De la classification des sources des obligations*, en «Scritti giur. ded. e off. a G. P. Chironi», I, 107 y ss.).

tendencia se refiere (34)— en el dolo para los delitos y en la culpa para los cuasi-delitos (35).

De tales operaciones, la primera no es sino la consecuencia obvia y natural de la unificación del derecho pretorio con el civil, acaecida en la época post-clásica. La segunda pone de manifiesto, de forma elocuente, el esfuerzo de los bizantinos por vincularse al pasado y revestir su propio pensamiento con el mismo ropaje clásico, conservando la terminología equiparativa para expresar una impropiedad de calificación. El "*quasi*" va a significar en adelante lo mismo que "*non proprie*" (36) (=ou kuríos: Basil. 60, 4, sch. 20; Theoph. IV, 5, 1) y quiere decir que los cuasi-delitos son delitos impropios o menos propios. Que el nuevo concepto tendiese inmediatamente a sustantivarse en "*quasi delicton*" (Theoph. IV, 5, 1; 3) y en "*osaneí amórtema*" (Basil. 60, 4, 1, § 7) era la consecuencia lógica del punto de vista, no ya procesal, sino sustantivo, en el que se habían colocado los bizantinos al comparar las hipótesis de los cuasi-delitos con la de los delitos. Pero este desenvolvimiento no debe hacernos olvidar el mecanismo clásico del que arranca.

---

(34) No siempre, porque, p. ej., para el daño aquiliano basta la culpa (GIRARD, Manual, 7 (1924), 673, n. 2), como sucedía ya en Derecho clásico. Por el contrario, es verdad que el *litem suam facere* es concebido en Derecho justinianeo como teniendo por límite extremo la culpa (ROTONDI, *Scritti*, II, 386 y ss. y *Alb.*, 510, n. 3).

(35) ROTONDI, «*Dolus ex delicto, e dolus ex contractu*» (1913), en *Scritti giudirici*, II, 386 y ss.; v. también *Scritti*, II, 499; III, 492. A este propósito permítasemos recordar lo que indicábamos en nuestro trabajo *Sul significato del contrahere in Gaio* (1912), p. 40: «Justiniano quiere encontrar en todo *maleficium* un elemento subjetivo de culpa, porque no le es posible concebir una responsabilidad por *maleficium* sin culpa del responsable. De acuerdo con esto, quiere encontrar en la fuente del *teneri quasi ex maleficio* un elemento subjetivo de menor gravedad, ya que entiende el *quasi* en sentido comparativo de mera aproximación.» En este aspecto, pues, la tesis de ROTONDI estaba sustancialmente de acuerdo con la sostenida por nosotros en 1912, en la que afirmábamos por vez primera, con precisión científica, el carácter diferencial entre delitos y cuasi-delitos.

(36) La interpolación de la palabra «proprie» ya la señalábamos en la op. cit. p. 45.

Más grave es la innovación indicada en tercer lugar. Más grave en el sentido de que ha llevado a los bizantinos a alterar precisamente la fisonomía y límites de los actos ilícitos del derecho pretorio comprendidos en la categoría de los cuasi-delitos, creando a menudo una responsabilidad sin culpa (37). Pero precisamente la tendencia de esta innovación más grave nos revela desde el principio el respeto profundo de los bizantinos hacia un concepto fundamental del derecho clásico (38) consistente en que la obligación nace siempre de un acto de parte, bien sea de un negocio jurídico de la parte, bien de una acto ilícito a ella imputable (39) y que nunca, aparte y más allá del acto de parte, surge de la ley (v. más adelante núm. 7 y 8). Si en el hecho de elevar los actos ilícitos pretorios al rango de fuentes de obligación hubiesen dejado los bizantinos intacta la responsabilidad objetiva clásica, habrían llegado a esta consecuencia: reconocer entre aquellos figuras de *obligatio ex lege,* que no habrían encajado en el esquema de la división cuatripartita. Pero no se atrevieron a llegar a semejante conclusión.

6. Si tal fue el procedimiento de los bizantinos para construir la categoría de los cuasi-delitos, se pregunta ¿cuál de las tres operaciones que constituían su mecanismo tenían necesidad de realizar para crear las *obligationes quasi ex contractu* y para realizar en toda su extensión el nuevo dogma del *contractus*-acuerdo? ¿Tal vez la primera? Es decir, dar el rango de fuentes de obligación a negocios que anteriormente no lo habían sido y que, por otra parte, no fueran calificables como *contractus* en el nuevo sentido? Evidentemente,

---

(37) V. nuestro trabajo *Sul significato di «contrahere» in Gaio,* p. 40-44. V. también Alb. 507, n. 1 y 2, y los *Scritti* allí citados, en particular MESSINA-VITRANO, op. cit. 23 y ss. Sobre el carácter de los casos de responsabilidad pretoria como casos de responsabilidad sin culpa, V. PERNICE, Labeo, II, 2, 2, páginas 50-57.

(38) Por lo demás, ese «obsequio» depende también del hecho de que posiblemente se inclinaban a suponer lo contrario.

(39) Sobre el valor del término «imputable» v. más atrás, n. 7, p. 37 y ss.

no, ya que el pago de lo indebido, la gestión de negocios, etc., eran ya fuente de obligación en el derecho clásico. Y por otra parte tampoco tenían necesidad alguna de —para elevar a fuente de obligación a la prenda, los pactos, los contratos innominados (en la medida en que no creaban un *oportere* para los clásicos)— realizar una asimilación puesto que estos negocios configuraban en su estructura acuerdos y podían calificarse, por tanto, sin más, como *contractus* según el nuevo significado. ¿Habían pues de realizar la otra operación, indicada antes en tercer lugar, es decir, crear o al menos poner de relieve una diferencia entre estos negocios y el *contractus?* Tampoco. La diferencia existía ya y había sido claramente advertida por algunos juristas clásicos de la escuela proculeyana o con tendencias proculeyanas —en particular por GAIO (III, 91 y D. 44, 7, 5 pr.-3)— siquiera fuera en la medida de un concepto típico de *contractus,* muy distinto y distanciado todavía, del de contrato-acuerdo como figura general y virtualmente ilimitada. Por lo general tal diversidad de concepto no importaba desde el momento que la crítica de GAIO llegaba a idéntica conclusión de negar al pago de lo indebido, a la gestión de negocios, etc. la calificación de *contractus.* Pero aún hay más. La crítica de GAIO arrancaba de una comparación entre los supuestos de *contractus* en general o de determinados *contractus* de tipo parecido. Ahora bien, éste era un género de comparación que correspondía, precisamente, al punto de vista preferido por los bizantinos. Género de comparación, además, cuya ausencia en el campo opuesto de los delitos no debe asombrarnos ya que los pocos actos ilícitos generadores de obligación presentaban entre sí mucha mayor homogeneidad de estructura que los *contractus* y no se prestaban a ser diferenciados (GAIO, III, 182). Por tanto, la crítica gaiana y la tricotomía subsiguiente, se oponían, sin quererlo, a la exigencia práctica de los bizantinos de identificar el *contractus* con el acuerdo creador de la obligación (40)

(40) Tal exigencia se expresa con particular claridad en la interpolación de D. 44, 7, 55. El texto de Javoleno (133) debía de referirse en su origen a

GAIO había allanado el camino a los compiladores, siquiera fuera de un modo negativo (41) en cuanto que había hecho ya por su cuenta el trabajo de diferenciación arriba indicado en tercer lugar. Era muy natural que aquellos intentasen sacar de esto el mejor partido posible.

Su innovación en este punto sólo tuvo un alcance puramente formal. En realidad se trataba de un nombre. Lo había propuesto GAIO: *variae causarum figurae*. A éste pusieron los compiladores del *Digesto* buena cara, a condición, sin embargo, de extender su significado y de comprender en él, además de los cuasi-contratos (las *variae c. figurae* de GAIO) también los cuasi-delitos creados por ellos. Pero resulta claro que no podía responder a las exigencias sistemático-constructivas de los bizantinos un nombre colectivo, de grupo, como era aquél. Era preciso reducir las *variae c. figurae* de GAIO a dos denominadores comunes. Y su afición a la simetría y a los paralelismos les empujaba a intentar para los negocios jurídicos no cualificables propiamente como *contractus* algo parecido a cuanto hacían para los actos ilícitos no calificables propiamente de *delicta*. Es decir, les impulsaba a realizar paralelamente aquella misma asimilación discriminativa —expuesta más arriba, en segundo lugar— que tendía a poner de relieve de un lado, la fundamental afinidad de los *contractus* con aquellos negocios jurídicos, y de otro, la diferencia suficiente para hacer impropia para ellos la calificación de *contractus*. Esto es lo que queríamos decir antes cuando afirmabamos que los compiladores conservaron la formulación anomalís-

---

los negocios translativos de la propiedad que para los clásicos no constituían *contractus*, sino actos bilaterales y sustancialmente consensuales. Los compiladores, al insertar este texto en el título de *obligationibus et actionibus* lo retocaron con el intento de establecer una regla general para los contratos obligatorios: la regla de que los contratos no pueden tener eficacia jurídica vinculante si no hay acuerdo, si no concurre el consentimiento de las dos partes contratantes (v. SECRÈ, *Negozio giur.*, 33; para la literatura sobre D. 44, 7, 55; v. DE FRANCISCI, *Transferimento della propietà* (1924), 203, n. 1).

(41) Como advertíamos al terminar el estudio *Sul significato di «contrahere» in Gaio*, p. 51 (Bull. ist. dir. rom.», 25; p. 88).

tica de las *variae causarum figurae* a condición de modificar su significado y valor en sentido analógico. La antítesis entre el espíritu anomalístico de GAIO y la tendencia analógica de los compiladores trasluce palmariamente en D. 44, 7, 5, 1. Allí, tratando de la naturaleza de la gestión tutelar como fuente de obligación, había afirmado tajantemente "*núllum negotium inter tutorem et pupillum contrahitur*". Ahora bien, a esta afirmación, que ciertamente pertenece a GAIO, los compiladores tienen el atrevimiento de añadir, inmediatamente, su barroca asimilación "*sed quia sane non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur*".

Pero, si el punto de arranque clásico del cuasi-contrato bizantino está en la tricotomía gaiana, todavía queda una cuestión por proponer. Y es la de si junto a esta base material —en su contenido— los compiladores encontraron en el derecho clásico una base formal también, de terminología. Tal cuestión parece que deba resolverse en sentido afirmativo (42). Se puede afirmar con certeza (43) que en los clásicos existía una terminología equiparativa respecto del *obligari ex contractu*. Que partiese de una comparación no ya del supuesto

(42) Cfr. nuestro trabajo *Sul significato di «contrahere» in Gaio*, p. 31: «Es notable que en toda la primera parte del D. 44, 7, 5 (pr. § 3), solamente en este § 1 aparece la frase *quasi ex contractu teneri videri;* frase que, por el contrario, en el título 3,27 de las Instituciones justinianeas aparece varias veces con valor esquemático-técnico, que de este modo, en forma más decidida y general *(obligationes* —así como *actiones— quae quasiex contractu nascuntur)*, es elevado a rúbrica del título mismo. Aun siendo verdad que en el texto actual aquella frase no tiene más que la función esquemática de separar, antes que la científica de equiparar, es sin embargo verosímil que provenga del texto originario en el que habría tenido la segunda función; y precisamente, según el paradigma supuesto por nosotros en aquella parte del texto (II, p. 17), donde Gaio debía sacar una construcción, de la cual otros juristas deducían una decisión por él no aceptada. El *quasi videtur* no estaría interpolado, pero sí, al menos, se halla desplazado de su nexo por obra de los recopiladores.

(43) V. sobre todo, D. 11, 1, 11, 9, relativo al vínculo que nace de la *responsio in iure*, D. 14, 3, 1, pr., relativo a la *actio de peculio*, D. 15, 1, 3, 8,etcétera. V. también los otros textos citados en el trabajo *Sul significato del «contrahere» en Gaio*, p. 32 y ss.

sino del efecto jurídico de ciertos negocios con los de otros, es igualmente cierto. Pero no puede asegurarse con igual claridad a qué negocios se refería propiamente la equiparación. La conjetura de Arangio de que la equiparación se refería no ya al pago de lo indebido, etc. sino a negocios de Derecho pretorio como por ejemplo la prenda es atrayente por la simetría que así se establecería con la forma clásica de tratar los hechos ilícitos, transformados después por los compiladores en cuasi-delitos. Pero esta hipótesis carece de prueba textual y la simetría engaña. Porque la equiparación clásica de la responsabilidad, nacida de algunos actos ilícitos pretorios, con el *obligari ex delicto,* respondía a una exigencia muy diversamente sentida a la pretendida equiparación del vínculo producido por un convenio pretorio con el *obligari ex contractu.* No puede olvidarse, en efecto, que la responsabilidad consiguiente a la mayor parte de aquellos ilícitos era una responsabilidad sin culpa y que —en la completa ausencia de aquel elemento subjetivo que es esencial al clásico *delictum* como fuente de obligación— su equiparación a la responsabilidad ex delicto debía aparecer bastante menos justificada y resultaba bastante más difícil de comprender.

Por tanto, debe estimarse preferible la hipótesis, anticipada a su tiempo (44), que la equiparación clásica se refería no sólo: *a)* a algunos negocios que no eran fuente de *obligación,* como la *responsio in iure* (45) sino también *b)* a negocios que, si bien eran reconocidos pacíficamente como fuentes de *obligatio* (46), se discutía su carácter de *contractus* como el pago

(44) *Sul significato di «contrahere» in Gaio,* p. 15 y ss.

(45) V. a este respecto RICCOBONO, en «Annali Palermo», vols. III y IV, página 296 y ss.

(46) Los textos que emplean la terminología de *obligatio,* a propósito de las acciones adiecticias (examinadas por ARANGIO, *Genti,* p. 40 y ss.), no demuestran que una *obligatio* se reconozca efectivamente cada vez que haya causa para ella, según el Derecho civil, y que el pretor no haga otra cosa que trasladarla de la persona del sometido a la persona que tiene la potestad. La *cuestion* de si el exclavo contrae una *obligatio* jamás fue discutida ex pro-

de lo indebido, la gestión de negocios, la gestión tutelar, etc. Si la primera especie de equiparación podía ser admitida pacíficamente por todos los clásicos, la segunda *(b)* les encontraba necesariamente disconformes. JULIANO y los neo-sabinianos estaban inclinados a sostenerla; los proculeyanos, con GAIO, a combatirla.

Las fuentes nos demuestran que la equiparación combatida por GAIO tenía a la vista el efecto jurídico de determinados *contractus* de tipo similar, no ya el efecto del *contractus* en general. Léase GAIO III, 91: "*proinde ei condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset*": del pago de los indebido nace la misma *condictio* que del mutuo. De modo semejante a la gestión de negocios y a la gestión tutelar nace un *iudicium bonae fidei* análogo al que nace del mandato (cfr. D. 44, 7, 5 pr.) (47). Y de la identidad o analogía de los efectos jurídicos se querían deducir argumentos para confirmar la identidad de la fuente de aquellos efectos: el *contractus*. Ahora bien, a tal modo de argumentar se opone GAIO apoyándose en la diferencia de las respectivas hipótesis (48).

---

feso y mucho menos resuelta afirmativamente (cfr. D. 44, 7, 14, *naturaliter obligatur et obligant)*. A propósito de D. 14, 3, 13 ,1, v. LENEL, *Edictum*, 252.

(47) V. a propósito RICCOBONO, op. cit., 277 y ss.; cfr. 281 y ss. Por lo demás, este autor no reconoce (p. 286) la orientación crítica y polémica de la exposición de Gaio (en la primera parte D., 44, 7, 5), ni advierte, por tanto, la diferencia que separa el punto de vista de Gaio (que parte de una comparación entre distintos supuestos) del punto de vista sostenido por sus adversarios (los cuales ponen de relieve la identidad o analogía de los efectos jurídicos respectivos).

(48) El prof. ARANGIO RUIZ formuló la objeción siguiente: «Sin embargo, siempre queda este cabo suelto, que mientras «*teneri quasi ex delicto*» significa «estar obligado por un hecho que no es civilmente ilícito y que, por tanto, no es fuente de obligación, pero que el pretor considera, no obstante, ilícito», «*teneri quasi ex contractu*», según la doctrina que de Gaio habría pasado a Justiniano, significaría, por el contrario, «estar vinculado por un hecho que obliga civilmente, pero que, aun siendo negocio jurídico, no es contrato. Y parece extraño que Gaio haya puesto, a pocas líneas de distancia, una mezcolanza de esta naturaleza». Pero tampoco esta objeción nos parece decisiva.

Por su parte, los compiladores más bien aceptan en sustancia la concepción diferenciadora de GAIO; pero al mismo tiempo hacen propia, en la forma, la terminología equiparativa adoptada por sus adversarios. Sólo que, en su lenguaje, el "*quasi*" llega a ser la contraseña de una impropiedad de calificación: sinónimo —también aquí, y paralelamente— de "*non proprie*" (ou kuríos: Theoph. III, 27 pr.; 2; 6). El resultado que perseguían es, por tanto —como advertíamos en el segundo trabajo sobre el "*contrahere*" (p. 6)— una *contaminatio*, una "conciliación ecléctica de la tendencia asimiladora (neo-sabiniana) con la tendencia delimitadora (proculeyana)": *contaminatio* producida "adoptando la terminología de aquella para expresar el pensamiento de ésta". Surgen así el concepto y la expresión "*obligatio quasi ex contractu*". Era inevitable, también aquí, que los bizantinos se sintieran muy pronto impelidos a sustantivar el nuevo concepto en "quasi contraeton" (Theoph. III, 27, 3, 5; IV, 5 pr.) y en "osanei sunállagma". Esto obedecía al punto de vista mismo que los bizantinos habían aceptado de GAIO al comparar los supuestos de los cuasi-contratos y los de los contratos.

En primer lugar, nadie nos garantiza que el orden de la exposición del D. 44, 7, 5 provenga del texto auténtico, y que en el análisis realizado por Gaio la exposición sobre el «*teneri quasi ex delicto*» (§ 4-6) siguiese inmediatamente a la exposición sobre el «*teneri quasi ex contractu*», § 3. Con toda probabilidad, por el contrario, este ayuntamiento de ambas exposiciones es obra exclusiva de los compiladores, que buscaban siempre en los textos clásicos frases o palabras que sonasen, en sus oídos, a esquema o sistema y que prestasen algún apoyo con qué satisfacer sus aspiraciones de simetría c sus especulaciones constructivas. En segundo lugar —y esto para nosotros es decisivo—, la afición a la simetría y al paralelismo, la pasión por los esquemas perfectos, la manía por las construcciones geométricas y arquitectónicas constituyen una afición, una pasión, una manía específicamente bizantinas y, en parte, también modernas; para los romanos fueron completamente desconocidas. Donde a los bizantinos y modernos les parece ver un «cabo suelto» que repugna a su sentido estético, los clásicos no veían más que el contenido de exigencias prácticas, a las que se adaptaban y plegaban gustosos. Porque, como buenos juristas, pensaban que la jurisprudencia debía servir para la vida y sus intereses y no, al contrario, la vida a la jurisprudencia.»

Esta reconstrucción de la génesis del cuasi-contrato tiene la ventaja de responder a la continuidad de la evolución histórica.

7. Una cuestión accesoria es la referente al carácter de la responsabilidad *ex lege Aquilia* en derecho clásico y la cuestión del carácter clásico de la *culpa,* requisito último del delito aquiliano.

Algunos indicios harían sugestiva la conclusión en favor de la falta de carácter clásico de la *culpa.* Por un lado, existe una indudable tendencia de los bizantinos a fundamentar siempre la responsabilidad sobre la culpa. Tal tendencia —que hemos visto afirmarse vigorosamente en la transformación de algunos casos de responsabilidad sin culpa en ilícitos culposos, fuentes de *obligatio quasi ex delicto*— se ha hecho valer, como es natural, en el campo del delito aquiliano, llevando a modificar una serie de pasajes en el sentido de poner de relieve, en ellos, el requisito de la culpa. Por otro lado, es un hecho que todos los delitos privados del antiguo *ius civile,* antes de la *lex Aquiliana,* no daban lugar más que, o a una responsabilidad por dolo *(furtum* e *iniuria)* o a una responsabilidad sin culpa; jamás a una responsabilidad por culpa (49). Y no sólo esto: se da también el hecho, y bien conocido de que la misma *lex Aquiliana* no exigía expresamente la culpa como requisito último del daño sino que contenía el término genérico, y por decirlo así (50) iridiscente de *iniuria.*

Sólo que todos estos hechos no bastan para justificar "la

---

(49) Sobre este punto v., además, el tratamiento que hace FERRINI, PERNICE, *Labeo,* II (2.ª ed.), 2, 57-60. Conforme, ARANGIO RUIZ, *Instituzioni,* 377; 381-85. No son diferentes las cosas en el campo de la responsabilidad contractual en el derecho más antiguo. Tampoco en él hay otra responsabilidad que o por dolo (acciones infamantes) o sin culpa (responsabilidad por custodia): v. ARANGIO, *Op cit.,* 383; MITTEIS, *Röm. Privatrecht,* 1, 324 y ss.

(50) La palabra es de PERNICE *(Labeo,* II, 2, 60) y nos complace repetirla, porque expresa acertadamente el carácter ambiguo, susceptible de varias interpretaciones.

tesis de que para los juristas romanos la responsabilidad *ex lege Aquilia* fuese una responsabilidad objetiva, en la que se incurría cada vez que se obraba *non iure,* es decir *contra ius,* y que solamente con los bizantinos se fundara sobre la culpa del agente, entendida no objetivamente como *iniuria, sino* subjetivamente, como falta de diligencia". Ante todo, entendámonos bien. ¿Qué quiere decirse cuando se habla de responsabilidad objetiva? Cuando se afirma que los textos auténticos se contentaban con la demostración pura y simple del nexo causal entre la acción imputable y el evento dañoso, se podría objetar: si —a fin de que el nexo causal fuese jurídicamente relevante a los efectos de la responsabilidad— la acción debiese ser imputable al agente, la responsabilidad ya no sería "objetiva". Acción imputable significa acción referible a un determinado sujeto como suya propia y no existe en los *delicta* del derecho clásico una imputabilidad, en este sentido, que no tenga por fundamento la voluntariedad del hecho dañoso. Sólo que, de cuanto se da a entender por los disidentes, parece ser que la palabra "imputabilidad" es tomada en un sentido abstracto y formal, algo diverso del corriente (51): es decir, en el sentido de aquella subjetivación pasiva de la norma, por la cual un determinado hecho (no importa la razón por la que así sea) viene puesto por la ley a cargo de un determinado sujeto. Sentido éste que no difiere prácticamente del de "responsabilidad" y, por tanto, no implica culpabilidad.

Ahora bien, se puede conceder que, en la época más antigua, la aplicación de la *lex Aquilia* se atuviese a una estricta interpretación de la letra del texto legal y que la imputabilidad no viniese identificada con la culpabilidad, más bien concebida de modo algo tosco y primitivo, en cuanto que se infería, de forma expedita, la presencia del elemento subjetivo del delito de la circunstancia de no ser ajeno el hecho al su-

(51) A este propósito v. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,* 144-45; sobre los dos sentidos de la palabra «imputabilidad», v. *Teoría gener. obblig.,* 34, en nota.

jeto (52). Pero lo que cuesta trabajo creer es que la letra de la *lex Aquilia* haya pesado como una losa de plomo sobre la jurisprudencia republicana y clásica durante todo su desarrollo y la haya impedido profundizar, de algún modo, en el valor subjetivo de la imputabilidad constitutiva del delito y no entenderla como referibilidad del hecho ilícito a una voluntad culpable del agente. No puede creerse que el secular trabajo exegético realizado por la jurisprudencia en torno a la *lex Aquilia* no haya llevado nunca a elaborar un concepto de imputabilidad más afinado y que respondiera mejor a la conciencia social, más evolucionada; y que las múltiples y admirables investigaciones encaminadas a examinar caso por caso la presencia o no de una culpabilidad deben atribuirse a los compiladores o separarse de ellos en virtud de aquel principio directivo que lo justifica e ilumina (53). Y eso, sin pensar en que entonces no se sabría ya cómo explicar el nacimiento de las acciones pretorias *de effusis et deiectis, de posito et suspenso;* casos auténticos estos de responsabilidad sin culpa.

---

(52) A esta concepción primitiva de la imputabilidad hicimos ya referencia en la *Struttura dell'obligazione romana*, p. 160. Cfr. para alguna analogía: HAYMANN, en «Zeitschr. Sav. St.», 50, 175 y ss.; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III, 119 y ss. V. también VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, n. 40 y 43, en *Opere giuridiche*, 1, p. 86, 93. En otros términos: dado que hubiese un nexo causal entre el hecho dañoso y la conducta del sujeto, la existencia de la imputabilidad aparecería tan cierta que parecería casi inútil ir a buscarla. La imputabilidad se compenetraba fácilmente con el nexo causal y con la injuria. Pero esto no significa que el elemento subjetivo del ilícito aquiliano —constituido precisamente por la imputabilidad— no se exigiese como no se exigía efectivamente en el *effusum et diectum*.

(53) FERRINI, *Diritto penale romano*, n. 208-10; p. 250 y ss. PERNICE, *Labeo*, II, 2, 61, habla de una «evolución clarificadora» realizada en el concepto de culpa. Naturalmente, no es el caso aquí de pensar en una exégesis de los textos concretos ni de tomar posiciones, punto por punto, frente a las investigaciones fundamentales de ROTONDI *(Dalla lex Aquilia all'art.* 1.151, en «Scritti giuridici», 2; p. 479-492, en particular, pp. 481-483). Que los clásicos hablaron de culpa a propósito del delito aquiliano es un hecho innegable (v. GAIO, III, 202, 211: *itaque impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit).* La cuestión consiste, sin embargo, en ver en qué significado entendían ellos la palabra.

No se ve qué utilidad hubieran tenido estas acciones, cuyo origen debe estimarse posterior a la *lex Aquilia,* si en virtud de ésta hubiera existido ya una responsabilidad sin culpa con aplicación general a cualquier daño *corpore corpori datum.* En el supuesto normal y, con mucho, más frecuente, el daño reparado con estas acciones es *corpore datum.* La utilidad de reparar un daño *non corpore datum* (54) y la de dar lugar, eventualmente, a una responsabilidad de garantía por daños prestada por un tercero, no bastaría para justificar la creación de dos nuevas soluciones jurídicas.

Pero todavía hay una razón más profunda para sostener que, ya desde el principio, los romanos no pudieron concebir la responsabilidad aquiliana como una responsabilidad meramente objetiva. Y es que, si el *damnum iniuria datum* estaba reconocido en la *lex Aquilia* como productor de una *obligatio,* ésta —como vínculo de una determinada persona— no podía llegar a existir sin un hecho referible precisamente a la voluntad de aquella determinada persona. Este punto, por su importancia capital, merece ser aclarado.

Nada repugna tanto a la conciencia de los romanos como estimar posible que la ley imponga a una determinada persona un vínculo tan grave y, en su gravedad, tan anormal, como es la *obligatio,* sin haber examinado, por así decirlo, su comportamiento y haber valorado si es digno de tutela o de sanción. Para que surja una obligación, los romanos quieren que exista un acto de parte. Es indiferente que este acto esté orientado a crear precisamente un vínculo o una situación de hecho con la que el vínculo sea congruo o sí, por el contrario, está orientado a una finalidad diferente, capaz de lesionar el derecho ajeno. Porque es competencia exclusiva del ordena-

(54) Es de notar, sin embargo, que en el caso de *danno non corpore datum,* el Derecho clásico podía bastarse a sí mismo perfectamente mediante una *actio in furtum* modelada sobre la *a. legis Aquiliae,* sin que el pretor hubiera de preocuparse por crear un nuevo tipo de acción (v. a este respecto ROTONDI, *Scritti giuridici,* II, 471).

miento jurídico apreciar el fin perseguido por el particular y valorar si la obligación debe nacer por ser conforme con tal finalidad o debe nacer a pesar de ser contraria a tal finalidad precisamente porque esta lleva a lesionar intereses que el ordenamiento mismo juzga dignos de protección.

El fin perseguido por el particular no puede vincular a la ley en cuanto a la orientación conforme o disconforme del tratamiento jurídico. Pero el punto esencial y característico del Derecho romano es que la ley debe examinar la actitud típica del particular antes de imponerle una obligación; y que esta no puede nacer por generación espontánea sino que tiene como presupuesto insuprimible un acto, lícito o ilícito, de ese particular.

Ahora bien, a tal concepción nos lleva una serie de fenómenos a los que nos referiremos más adelante y a ella va ligada la imposibilidad, para los romanos, de concebir una *obligatio ex delicto* independientemente de la voluntad de la persona, es decir, basada en una responsabilidad objetiva. No se trata —nótese bien— de que los romanos no conocerán casos de responsabilidad de esa índole. Al contrario. Pero es que no podían reconocerla bajo la forma de *obligatio* —dado el concepto característico que tenían de ésta— porque eso hubiera supuesto una *obligatio ex lege,* cosa incomprensible para la mentalidad romana. No hay que olvidar nunca que para los romanos la *obligatio* no era una simple sanción por algo ilícito ni la única forma de sanción o de coacción jurídica. Junto a la *obligatio ex delicto* conocían bien otras formas de sanción, como junto a la *obligatio ex contractu* practicaban otras formas de coacción jurídica. Y no existe un caso en que un ilícito de origen pretorio y reciente, como la "rapina", haya podido ser reconocido sin dificultad como fuente de obligación; mientras que los ilícitos pretorios que engendraban una verdadera responsabilidad objetiva no fueron nunca recibidos en el *ius civile* sino únicamente equiparados al *obligari ex delicto* para los efectos procesales de la *actione teneri.*

8. Entre los problemas que pueden proponerse, el que tiene, sin duda, un interés más próximo es el relativo a la génesis del artículo 1.097 C. Civ. de 1865.

Como ya se ha intentado poner de relieve antes, el nexo de continuidad que liga el derecho justiniáneo al derecho clásico, lo que interesa ahora es destacar la diferencia que existe entre la clasificación justiniánea y la de nuestro C. Civ. de 1865 y la antítesis, al menos formal, de los respectivos puntos de vista. Empecemos con una comparación de los dos textos legales, Inst. 3, 13, 2 y C. Civ. 1.097 de 1865.

> *sequens divisio (obligationum) in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.*
>
> Las obligaciones nacen de la ley, de contrato o cuasi-contrato, de delito o cuasi-delito.

Se trata de un añadido pequeño, ciertamente, y de modesta apariencia, pero de una importancia esencial, capaz de subvertir y alterar radicalmente todo el sistema y el significado de la división cuatripartita bizantina. ¿Dónde surge la idea de que la ley pueda ser fuente de obligación? Este punto merece un examen detenido.

Se ha insistido ya muchas veces sobre la importancia fundamental que el acto de parte tiene en la concepción romana de las fuentes de obligación. La importancia de este acto es la característica más acusada de la concepción específicamente romana en comparación con la moderna. Nada repugna tanto a la conciencia jurídica de los romanos como admitir que un vínculo doloroso y fuera de lo corriente, que somete una persona bajo el poder de otra —que es como concebían la *obligatio*— pudiese producirse por sí mismo, *ope legis*, sin el conocimiento y la voluntad de la persona misma que ha de ser vinculada. Nada más contrario al espíritu romano que pensar que la ley pueda originar un vínculo semejante sin tener en cuenta la conducta del sujeto individual, que pueda

dar lugar a una obligación en virtud de un hecho o de una situación, prescindiendo de un acto de parte (55).

A una concepción semejante van ligados varios fenómenos; bastará con señalar únicamente tres. Así existe toda una serie de *cautiones*, llamadas pretorias, con las que el magistrado puede, en determinadas situaciones de hecho, obligar al particular; ¿por qué? Porque una *obligatio* no puede originarse en éste sino en la medida en que la haya asumido con la *cautio;* no puede la ley, y mucho menos el magistrado, pasar por encima de su voluntad y no hacer caso de ella. Igualmente, en el proceso romano-clásico, es necesario que la litis sea llevada a cabo con la cooperación del demandado para que del proceso pueda surgir, en su persona, una *obligatio iudicati.* No puede constituirse el proceso prescindiendo de la voluntad del demandado. En fin, la tipicidad misma de las fuentes de obligación —es decir, el hecho de que estén taxativamente determinadas por el ordenamiento jurídico y constituyan una categoría cerrada— se refiere, en definitiva, al carácter anormal de la *obligatio* y a la exigencia de que esta encuentre una particular y típica justificación en el comportamiento del obligado (56)

Ahora bien, todavía la división cuatripartita bizantina respeta esta concepción específicamente romana. Tuvimos ocasión de notarlo a propósito de la construcción de los cuasidelitos (n. 5). No debe objetarse que el derecho justiniáneo conoce la general *conditio ex lege* (D. 13, 2, 1, cfr. D. 12, 1, 9, pr. 1-3) (57) y que esta condición amenaza infringir y superar el esquema de la división cuatripartita. No; el Derecho

---

(55) «Bull. ist. dir. rom.», 28; p. 90, nota. Conforme ROTONDI, *Scritti giuridici*, III, 490.

(56) Son estos, por lo demás, fenómenos que tienen relación todos ellos con el temperamento cerradamente individualista de los romanos. IHERING demostró perfectamente en pasajes muy conocidos del *Geist des röm. Rechts*, § 31-33; II, 1 (6.ª ed.), p. 133 y ss., cómo el individualismo del *pater* familias romano se refleja en su Derecho privado.

(57) Observado por ROTONDI, *loc. cit.*

justiniáneo no admite ya muchas de las consecuencias que en el Derecho clásico acompañaban a la concepción en cuestión. Sin embargo, no había renegado formalmente de semejante concepción. Por lo que se refiere, más especialmente, a la general *codictio ex lege,* ésta llegaba ciertamente a admitir la posibilidad de *obligationes ex lege* independientes de un acto de parte, pero, a pesar de esto, los compiladores justiniáneos no se atrevieron a dar a la ley el rango de fuente autónoma de obligación, porque no se atrevieron a renegar de la concepción clásica antes señalada (58). Este mismo hecho de que, mientras creaban una estructura idónea para poner en práctica la cosa no se atrevieran, sin embargo, a admitirla formalmente, a darle un nombre y un puesto en la clasificación de las fuentes de obligación, es de por sí un índice altamente elocuente de la actitud conservadora y reverente que tuvieron frente a aquella idea clásica.

Por lo demás, lo que los bizantinos no se atrevieron a hacer, es lógico que lo hicieran los juristas y filósofos que elaboraron el Derecho romano-común. Estos —como ya advertía ROTONDI (59)— "con frecuencia están particularmente acertados al interpretar las tendencias profundas de la reforma justiniánea". Aunque en la primera fase, de elaboración medieval, del Derecho romano sólo fue sostenida por autores aislados, y discordes entre sí (60), una división quíntuple de

---

(58) Ni lo intentaron tampoco varios siglos más tarde los compiladores del *Brachylogus iuris civilis,* los cuales estaban dispuestos a recoger y desarrollar las innovaciones justinianas, como lo demuestra, por ejemplo, su sistematización de los contratos innominados. En el *Brachylogus,* por el contrario, se repite la división cuatripartita en sus justos términos. Lo cual es muy sintomático (Cfr. BESTA, *Fonti,* n. 310.

(59) «Riv. ist. dir. rom.», 1917, 1, 275; *Scritti giuridici,* II, 554, n. 3.

(60) Así, según nos narra la *Glosa ordinaria ad,* D. 44, 7, 1 pr., el glosador Hugo refería las *variae causarum figurae* a la *condictio furtiva* «*quae habet insignia contractum et maleficiorum*» y proponía una interpretación extensiva de las expresiones *ex contractu* y *ex delicto,* sobreentendiendo la integración «*vel quasi ex contractu*» y, respectivamente, «*vel quasi ex delicto*». En la glosa a la Inst. 3, 13, 2, ACCURSIO añadía a las cuatro fuentes tradicionales una

las fuentes de obligación, y en las fases posteriores la división cuatripartita justiniánea pudo seguir gozando de una vida firme y exhuberante entre los comentadores (61), sin embargo, se fue abriendo camino el concepto de que la ley pudiese vincular una obligación a un hecho o estado, prescindiendo de cualquier acto de parte. Este concepto encontró defensores convencidos entre los iusnaturalistas. Así GROCIO (62) junto a la *pactio* y al *maleficium*, colocaba la *lex* como fuente de obligación de igual valor. Y la idea de que una obligación podía surgir independientemente de un comportamiento específico del obligado penetró y se instaló firmemente en el pensamiento de los juristas franceses, cuya obra tuvo un influjo decisivo en la formación del Código de Napoleón. La encontramos así en DOMAT y POTHIER.

DOMAT (1625-1696) (63) —bajo la influencia del pensamiento iusnaturalista, que tanta importancia atribuía al contrato en un sistema filosófico-jurídico— distingue dos clases fundamentales de obligación (engagements) a) aquellas que se constituyen por voluntad recíproca de dos o más personas en los contratos (conventions), de las que trata en el libro primero; b) aquellas que se constituyen sin una voluntad recíproca sino: 1) por el hecho realizado por el obligado únicamente, sin participación de aquel en cuya favor nace

---

quinta, observando «*et subaudi aut ex variis figuris causarum ut* D. 44, 7, 1 pr.». Para él, por consiguiente, las *variae causarum figuris* no estaban comprendidas en las categorías del cuasi-contrato o cuasi-delito.

(61) Así BARTOLO *(In priman Digesti novi partem)*, ad D. 44, 7, 1 pr., al comienzo del comentario a esta ley (§ 1), después de haber recordado las varias opiniones expuestas por la Glosa, observa: «*Ponitur de obligatione ex quasi contractu vel quasi maleficio: et sic videtur de mente iuris consulti quod istae sint ex variis figuris causarum.*» También GIASON DEL MAINO, en su comentario institucional *De actionibus* (§ 1, n. 1), exponía la división cuatripartita como dogma indiscutido.

(62) *De iure belli et pacis*, 2, 27, 1. Observado ya por ROTONDI, *Scritti giuridici*, III, 489.

(63) *Les lois civiles dans leur orãre naturel* (ed. 1756), proemio al libro II (página 147).

la obligación ó 2) por puro efecto de orden divino, sin que intervenga la voluntad de ninguno de los dos; de estas habla en el libre segundo. Por el sólo acto del obligado se constituyen las obligaciones de quien se ocupa de negocios ajenos sin conocimiento del dueño del negocio (tit. IV) o recibe un pago indebido (tit. VII) u origina daños mediante hechos culposos que no llegan a constituir delito (64) (tit. VIII) (65) ó actúa en fraude de acreedores. Las obligaciones que tienen por causa únicamente el orden divino y nacen independientemente de nuestra voluntad son las inherentes a los cargos de tutor (66), curador y administrador de entes morales y públicos (tit. I-III) (cfr. Cod. france. 1370, ap. 3.º) o las que se originan como consecuencia de actos fortuitos (tit. IX) (67) o, en general, por todos aquellos acontecimientos que Dios hace nacer sin nuestra participación (68), cuyo común denominador

---

(64) El delito, entendido en sentido penal (II, pp. 196-200), no viene comprendido por DOMAT entre las fuentes de obligación.

(65) Entre tales hechos incluye DOMAT (II, pp. 179-84) los cuasi delitos del *effusum et deiectum* y del *positum et suspensum*, no tan sólo los daños causados por animales o por ruina de edificios o de obra nueva.

(66) Sumamente instructiva es la comparación entre la sistematización que hace DOMAT de la relación tutelar y la sistematización que de ella hacen los compiladores justinianeos en D. 44, 7, 5, 1. Resulta evidente el contraste entre la forma con que los compiladores concibieron la obligación derivada de la gestión tutelar —es decir, como *quasi ex contractu*— y el fundamento que, por el contrario, le atribuía DOMAT (y con él, el Cod. franc. 1370, ap. 3.º).

(67) DOMAT aduce casos como los siguientes: hallazgo de cosa perdida, casos de *actio ad exhibendum, lex Rhodia de iactu, conmixtion* de cosas pertenecientes a distintas personas, etc. (1, 187 y ss.).

(68) Por ejemplo: la *communio incidens* (tit. V), la comunidad hereditaria (tit. VI), posesión de cosa ajena (tit. VII). En esta última categoría de obligaciones legales entra —nótese bien— la obligación del administrado en la gestión de negocios ajenos. En efecto, advierte expresamente Domat (tit. IV, sección II, § 1, p. 170) que «esta obligación se contrae incluso ignorándolo en virtud del deber de reconocimiento de los buenos oficios» que se nos ha prestado. También es aquí sumamente instructivo establecer un parangón entre esta sistematización de Domat y la que los compiladores justinianeos hacen de la obligación del administrado en D. 44, 7, 5, pr. Los compiladores concibieron como *quasi ex contractu*, no sólo la obligación del gestor, sino

es el de responder a elementales exigencias de justicia natural.

POTHIER (1699-1772) (69) adopta la misma división fundamental. A los contatos —que expone en la sección primera— contrapone las otras fuentes de obligación, de las que trata en la sección segunda (n. 133-123). Pero —debido a la influencia, visible, de la tradición jurídica justiniánea y con bastante mayor precisión que DOMAT— distingue entre estas otras causas: 1) el cuasi-contrato, que define como el acto lícito de una persona que le obliga para con otro u obliga a otra para con aquella sin que medie contrato entre ambas (p. ej. aceptación de herencia, pago de lo indebido, gestión de negocios) (70); 2) el delito y el cuasi-delito, a los que define como hecho mediante el cual una persona causa daño o perjudica a otra, con dolo o mala intención (delito) o bien sin mala intención, pero con imprudencia inexcusable (cuasi-delito); 3) la ley. Sólo que, a propósito de los cuasi-contratos, advierte (n. 114) que en estos, al faltar el consentimiento, "es la ley sola o la equidad natural la que produce la obligación, haciendo obligatorio el acto resultante". Y en cuanto a la ley observa (n. 123): "La ley natural es la causa, al menos mediata, de todas las obligaciones (71) porque si los contratos, delitos y cuasi-delitos producen obligaciones es, en primer lugar, porque la ley natural ordena que cada uno cumpla cuanto ha

---

también la del administrado, lo que quiere decir que le señalan como fundamento e igual que siempre, un acto de parte. En el Derecho romano clásico no debió de ser reconocida una *obligatio* (es decir, un *oportere* del administrado hacia el gestor) (v. a este respecto BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, I, pápáginas 73-79).

(69) *Traité des obligations* (in *Oeuvres*, ed. de Dupin Ainé, 1831, vol. I, parte I, capítulo I).

(70) Un interesante desarrollo de esta concepción de POTHIER ha sido intentada por DEMOGUE *(Classification*, cit. 111-115) al afirmar como la voluntad unilateral del acreedor puede tener eficacia creadora de obligaciones.

(71) Y de ninguna, añadimos, porque (como diremos luego) siempre se quiere una situación de hecho concreta con el fin de que el efecto jurídico que la ley vincula a esta situación de forma abstracta se produzca

prometido y repare el daño causado por su culpa... Pero hay obligaciones que tienen por causa inmediata, única y exclusiva, la ley" (72). Y añade, como ejemplos, la obligación de alimentos entre cónyuges, la de restituir el provecho obtenido causando daño a un tercero, la de conceder al vecino la comunidad de muro (cfr. Cod. Franc. 1.370, apartado 3.º). "Estas obligaciones —añade en el núm. 123— dan origen a una acción que se llama *condictio ex lege*". Como se ve, el germen disolvente echado por los compiladores justiniáneos en D. 13, 2, 1 había madurado con el correr del tiempo y dado sus frutos (73).

Pues bien, la contraposición sistemática entre obligaciones de contrato y obligaciones de distinto origen y la ulterior cla-

---

(72) Inmediata como forma de expresión; inmediata porque falta una de las cuatro formas autónomas que hemos mencionado. En realidad, la ley por sí sola, tomada en abstracto no crea efectos jurídicos y, por ello, tampoco obligaciones. Pero las observaciones de POTHIER y DOMAT a que nos hemos referido y, en general, la idea de la ley como fuente de obligaciones no pueden eliminarse con estos juicios de carácter racionalista. Tienen fundamentalmente un valor histórico muy elevado en cuanto forman parte de un cuerpo orgánico de doctrinas filosófico-jurídicas, que circulan con el nombre de doctrinas de Derecho natural que han tenido una influencia grande en la formación de conceptos básicos de nuestra legislación positiva, como —por citar uno solo— el de los principios generales del derecho del que se ocupa el art. 3, Disp. Prel. (Cfr. DEL VECCHIO, *I principi generali di diritto*, en «Archivio giuridico Filippo Serafini», 1921, cuya tesis histórica, p. 24, está bien fundamentada, si bien no puedan acogerse, en mi modesta opinión, las consecuencias hermeneuticas que este autor quiere llevar al terreno del Derecho positivo.) Que la ley sea fuente inmediata de las obligaciones que nacen con desconocimiento o sin la voluntad del obligado y sea la fuente mediata y subsidiaria de todas las demás no excluye las contractuales (v. a propósito la norma general del art. 1.124, C. Civil de 1865, reproducida del art. 1.135 del Cod. francés), es, esto mismo, un principio general del Derecho que deriva de los iusnaturalistas e informa y penetra toda nuestra legislación en todos aquellos sectores desconocidos para el Derecho romano, tanto clásico como justinianeo.

(73) Cfr. a este respecto, las observaciones de ROSSHIBT *Dogmen-Geschichte des Civilrechts* (1853), 248 y ss. La clasificación de POTHIER, con el quinto elemento constituido por la «loi» o «simple equité» se encuentra en GUYOT, *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence* (en la palabra «*Obligation*», sez. 1.º), cuya 1.ª ed. (en 81 vols.) es de 1875-86 y la 2.ª (en 17 vols.) es de 1884-85.

sificación de las fuentes de la obligación, que acabamos de ver, acceden al artículo 1.370 del Código francés. Este dice así: "Certains engagements se forment sans qu'il interviene aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé.—... Les engagements qui naissent d'un fait personnel á celui qui se trouve obligé, resultent ou des quasi-contrats, ou des delits ou quasi-delits".

Ahora bien, la clasificación del artículo 1.097 (74) del Código civil italiano de 1865 no es —como vio acertadamente ROTONDI (75)— más que "una derivación del Código de Napoleón con una vuelta, desde el punto de vista sistemático, al derecho justiniáneo". El "retorno" viene entendido *cum grano salis,* en sentido únicamente sistemático y formal no ya sustancial, puesto que, para averiguar el valor sustancial de la clasificación que comprende entre las fuentes también a la ley es preciso remontarse a los precedentes históricos inmediatos no a los remotos [1].

---

(74) En cuanto a los Códigos de los estados italianos, existentes con anterioridad a la constitución de Italia como Reino, derivados del Código francés, el art 1.370 de este último fue reproducido literalmente en el artículo 1.324 del C. para el Reino de las Dos Sicilias, en el art. 1.488 del C. Albertino, en el 1.381 del C. estense de 25- -1851. El art. 2.073 del C. de Parma denota, por el contrario, un verdadero retorno a la división cuatripartita justinianea. Sustancialmente vuelven a ella también el art. 1.089 (cfr. art. 1.090-95) del Código de la República y Cantón de Ticino (16.6.1837) y el art. 662 de las leyes civiles de Malta. Entre los Códigos Civiles vigentes en otros estados europeos, el holandés contrapone (art. 1.269) la convención a la ley y entre las obligaciones legales distingue (art. 1.388) las que surgen en virtud de sólo la ley *(of uit de vet alleen),* de las que nacen de la ley como consecuencia de actos humanos. El C. Civil español (art. 1.039) distingue las fuentes siguientes: 1.º la ley, 2.º los contratos y cuasi-contratos, 3. los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa.

(75) *Scritti giuridici,* III, 492.

[1] Las fuentes de las obligaciones están determinadas en el C. c. español en los artículo 1.089 y ss. El 1.089 da la clasificación de las mismas en tres grupos: *a*) Las que nacen de la Ley. *b*) Las que nacen de los contratos y cuasicontratos. *c*) Las que nacen de los actos y omisiones ilícitos o en que intervengan cualquier género de culpa o negligencia. Los restantes artículos suponen un desarrollo de esta clasificación. En este sentido, el 1.090 establece el principio de no presunción de las obligaciones que nacen de la ley considerando

Si se quisiera compendiar en una fórmula sintética la antítesis fundamental entre la concepción romana (a la que los bizantinos continuaron rindiendo culto) por un lado, y la concepción moderna de las fuentes de la obligación, por otro, se podría decir que mientras para aquélla el acto de parte (lícito o ilícito, bilateral o unilateral) comprende en sí mismo todas las fuentes de la obligación, en la concepción moderna, por el contrario campean y prevalecen sobre todas las demás fuentes por un lado el contrato y el acto ilícito y por otro la ley.

En realidad, la "ley" no es más que una expresión cómoda, una frase elíptica para dar a entender que la ley liga una obligación a una situación o a un hecho que no es contrato ni acto ilícito (76).

Ya que la ley, por sí sola, no crea jamás efecto jurídico alguno, sino que coloca, siempre, el llamado nexo causal entre una situación de hecho (supuesto) y el tratamiento correlativo (77). Pero lo que precisamente es característico de la concepción moderna está en que para ésta, la ley puede atri-

---

(76) ROTONDI, *Scritti giuridici*, III, 492 («figuras no reducibles a común denominador», llama él a tales hechos o situaciones); DEMOGUE, *Traité*, I, tomo III, n. 206, p. 333. Si se entendieran las cosas de otro modo sería absurdo poner en la misma línea y contraponerlas la «voluntad humana» y... la «voluntad de la ley» (SCIALOJA, A., *Studi di diritto privato*, p. 51; BARASSI, *Instituzioni*, § 87, p. 341).

(77) CARNELUTTI, *Lezioni dir. proc. civ.*, I, n. 43 y nuestras citas en *Concetto della obligazione*, p. 8, n. 5; además, UNGER, *System d. Desterr. allg. Privatrechts*, II, p. 4, en especial nota 8. Cfr. SCIALOJA, A., *Studi*, pp. 59-61.

como únicamente válidas las establecidas en el C. c. o en leyes especiales; asimismo, establece una prelación de normas aplicables, dando preferencia a la ley que las hubiere establecido y considerando al Código como supletorio en su defecto. En lo que se refiere al segundo grupo, el artículo 1.091, completando el principio de libertad de contratación establecido en el artículo 1.255, otorga fuerza de ley entre las partes a las obligaciones nacidas de los contratos, debiendo cumplirse a tenor de lo establecido en éstos. Finalmente, los artículos 1.092 y 1.093 regulan las obligaciones que proceden de hechos ilícitos, remitiendo el primero a las disposiciones del C. Penal aquellas obligaciones civiles que nazcan de delitos o faltas. El segundo somete a las disposiciones del Captulo II, Título XVI, L. IV del C. c. las derivadas de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penada por la ley.

buir a hechos o situaciones objetivamente determinadas la virtud de producir una obligación incluso prescindiendo del comportamiento individual, lícito o ilícito (78). La oposición en que los modernos se han colocado frente a los romanos, al reconocer esta posibilidad, obedece, en definitiva, a una diferencia de mentalidad y de temperamento e incluso de formación histórica; diferencia que se hace patente, con claridad, en el espíritu y en las tendencias de los respectivos ordenamientos jurídicos. Los romanos rindieron verdadero culto a la iniciativa individual y sobre ella se apoyan, incluso en aquellos casos en que los modernos se sienten más inclinados a ver la fuerza operativa de la ley, y el culto de ésta. El ordenamiento jurídico del estado romano —inserto en los principios, ya existentes, de autonomía de la gens y de la familia— reconoce la autonomía de los particulares y se remite a su iniciativa en medida mucho más amplia que la del Estado moderno, el cual se afirmó, históricamente, como órgano centralizador y exclusivo de la tutela jurídica (79). Es preciso admitir, frente a un ordenamiento semejante, la idea de que el que la ley pueda generar obligaciones sin tener en cuenta el comportamiento de los particulares, se presenta mucho más obvia. Si hay algo que pueda asombrar de ello es que esta idea

(78) Esto mismo sucede en los casos de los arts. 2.049-2.054 (que —en sí y por sí mismos— son casos de responsabilidad objetiva. BARASSI, *Instituzioni*. § 89, pp. 358-59), si bien desde el punto de vista política-legislativo sea realmente cierto el burdo detalle de POTHIER *(Obligations*, n. 121) de que la norma ha sido «establecida para que los patronos tengan ciudado en no servirse más que de buenos criados». Para una amplia y convincente demostración de este punto de vista, ver BETTI, U., *Considerazioni sulla forza maggiore como limite di responsabilità con speciale riferimento al vettore ferroviario* (1922). comprende explícitamente las obligaciones en cuestión en la categoría de obligaciones *ex lege* UNGER, *Handeln auf eigne Gefahr*, 2.ª ed. 1893, p. 144. Inexacto DEMOGUE, *Clasification*, 108 y ss.: En los casos de responsabilidad objetiva, en efecto, no hay (o al menos no es preciso que haya) un acto por parte del obligado. ¡Es increíble cuánto pesa todavía la concepción romana del acto de parte sobre los modernos teóricos del Derecho!

(79) Esto hemos hecho notar en «Sutruttura dell'obbl. rom.», 116 y ss. y ya en el «Filangieri», 38 (1914), 674, nota 1. Cfr. CHECCHINI, en «Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari», X-XII, 211 y ss. 236-325.

no se haya afirmado ya, formalmente, en la dogmática de los compiladores justiniáneos, los cuales tenían a la vista un estado de policía fuertemente centralizador. Pero esta extrañeza se explica con las tendencias románticas arcaizantes de los compiladores y con su deseo constante de mantenerse fieles a la dogmática clásica.

Naturalmente, los hechos y situaciones a los que hace la ley, en el sistema jurídico actual, productores de obligaciones, están taxativamente determinados por la misma ley y no pueden conducirse a categorías generales e ilimitadas. En este sentido, son típicos, no autónomos, no susceptibles de extensión analógica, mientras que el contrato —en virtud de las normas fundamentales de los artículos 1.103, ap. 3, 1.º (= .107 del C. francés) y 1.119-1.122 (= 1.131-1.133 C. francés) C. Civ. 1.865— y el acto ilícito, imputable por culpa —en virtud de la formulación general del artículo 1.151 C. c. 1.865 (= 1.382 C. francés) (80)— son, verdaderamente, figuras generales y de extensión ilimitada (81). En cuanto a este último punto, el derecho justiniáneo, aunque sujeto siempre a las denominaciones clásicas de los contratos y de los delitos, muestra un evidente esfuerzo por romper y dejar a un lado la tipicidad de las figuras clásicas. Con esta tendencia participa —pero solamente en esto— con el punto de vista moderno (82).

Era, pues, inevitable que la ampliación de las categorías

(80) Sobre su génesis histórica inmediata, v. ROTONDI en «Riv. dir. comm.», 1917, I, 267-282; vuelto a publicar en *Scritti giuridici*, II, 541, 61, en especial, números 548-54.

(81) GENY, *Methodes d'interpretation et sources*, n. 80 (2.ª ed. 1919) p. 185, número 2; ROTONDI, *Scritti*, III, 492, parece atribuir la condición de «figura general» también al cuasi-contrato. Pero, evidentemente, esto no es así porque los arts. 1.103 y 1.119-22 del C. Civil de 1865 se refieren únicamente a los contratos y no a los cuasi-contratos (1.140 C. Civil 1865).

(82) En realidad, la *actio praescriptis verbis*, de carácter general, y la *gheniké imfaktumi agoghé eis to azémion*, puestas en claro por ROTONDI en sus conocidos trabajos, niegan sustancialmente la tipicidad de los *contractus* y de los *delicta*.

clásicas, típicas y fijas, al aumentar indefinidamente el número de las fuentes de obligación y al alterar su índole, tuviese que chocar contra la noción misma de obligación en el sentido de forzar su aplicación más allá de sus límites originarios y con el efecto de desnaturalizar su organismo. En efecto, con el aumento de las fuentes se produce, de modo semejante, una ampliación de la estructura dogmática de la obligación y una generalización y decoloramiento de aquel concepto que en sus orígenes era, por el contrario, tan vivo y característico. Se puede advertir este fenómeno a propósito de las clasficaciones de DOMAT y POTHIER, los cuales incluyen entre las obligaciones muchos vínculos que, si bien los romanos los reconocían, no eran para ellos, exactamente, *obligationes*. Pero no es este el lugar para hablar de ello (83).

9. El punto sobre el que urge llamar la atención es la marcha que, en su líneas generales, ha seguido la evolución histórica de las fuentes de obligación, desde sus orígenes en el Derecho romano primitivo hasta la clasificación del artículo 1.097 del Código Civil de 1865. En esquema es la siguiente:

a) En los orígenes existen determinados actos de parte, típicos y solemnes, dirigidos a constituir el vínculo obligatorio —los primeros *contractus: nexum, sponsio*.

b) En una segunda fase se elevan al grado de fuente de obligación (v. n.: 1) ciertos actos de parte ilícitos, igualmente típicos: los *delicta*.

c) En un momento ulterior, ampliada grandemente la esfera de los negocios jurídicos creadores de obligación, se advierte la diferencia entre los negocios que, en la conciencia de la parte, no están encaminados a constituir el vínculo —negocios que GAIO llama *variae causarum figurae*— y los negocios obligatorios a los que los proculeyanos y GAIO reservan la calificación de *contractus* (n. 2 y 3).

---

(83) V. a este propósito *Struttura dei rapporti d'obbligaz*, §§ 4-6.

d) En el derecho justiniáneo (n. 4) viene a identificarse el *contractus* con el acuerdo creador de obligación y se hace de él una figura de carácter general e ilimitada a la que se contraponen —como cuasi-contratos— aquellos negocios obligatorios que no son convenciones (n. 6) mientras que, paralelamente, los actos ilícitos productores de obligación se reagrupan en la categoría de los delitos y de los cuasi-delitos, correspondientes, en cuanto a su tendencia, aquellos, a los ilícitos productores de obligación que se reagrupan en la categoría de los delitos y de los cuasi-delitos, correspondientes, en cuanto a su tendencia, los primeros a los ilícitos dolosos, estos a los culposos (n. 5)—, pero se mantiene firme, como siempre, la idea fundamental, específicamente romana, de que la fuente de obligación es siempre, y únicamente, acto de parte.

e) La tradición jurídica postjustiniánea, que se concreta en el artículo 1.097 del Código Civil de 1865, abandona y rechaza, poco a poco, esta idea fundamental del acto de parte como fuente exclusiva, admitiendo que la ley pueda vincular una obligación a un hecho o situación, incluso prescindiendo del comportamiento lícito o ilícito del particular.

A grandes rasgos estas son las líneas generales y las etapas de la evolución histórica. Pero naturalmente no pretendemos con estas observaciones haber esbozado más que un sencillo esquema que pueda servir de orientación a la investigación histórica.

§ III

HETEROGENEIDAD DE SIGNIFICADOS DE «CONTRACTUS»

Extensión de la calificación de contractus **de los negocios translativos y constitutivos de derechos reales. Distinción entre el** modus adquirendi **y el** titulus adquirendi **en Derecho común.**

En la reseña histórica realizada sobre lo que constituye el problema de las fuentes de obligación, desde el Derecho romano hasta el Derecho actual, se ha visto en qué consiste la heterogeneidad de significados de la palabra contractus, a que se ha hecho referencia varias veces. Para resumir en una fórmula concisa esta evolución secular de conceptos se ha dicho que desde el negocio jurídico constitutivo de obligaciones —en el que se comprenden también actos unilaterales como por ejemplo la gestión de negocios ajenos y el pago de lo indebido— el *contratos* viene a asumir, en los bizantinos y también en el derecho moderno, el significado de un acuerdo idóneo —por su causa (art. 1.325, n. 2)— para crear, modificar o extinguir una relación jurídico-patrimonial. Esto supone, por un lado, una restricción del concepto en el sentido de que no se comprenden ni pueden ser comprendidos en él, los negocios jurídicos unilaterales, los cuales, como ya se ha visto, adquieren, a raíz de su tratamiento justiniáneo, su autonomía dogmática, viniendo a ser reagrupados en la categoría de las *obligationes quasi ex contractu;* y, por otro lado, una extensión correlativa del concepto de *contractus* el cual, dentro de la nueva significación de acuerdo, resulta aplicable,

no sólo al negocio bilateral constitutivo de obligaciones, sino también al negocio constitutivo o translativo de derechos reales. Este particular ensanchamiento de la noción de contractus no debe ser entendido, naturalmente, en sentido mecánico, como simple consecuencia de la heterogeneidad de significaciones de la palabra, sino favorecido y originado, también, por otros factores. Así, ya en los bizantinos, se afirma la importancia del acuerdo, no sólo en función de una obligación que asume sino, además, en función de una transmisión de propiedad o de una constitución de *jura in re aliena*. Y la diferencia con los clásicos está en que estos últimos conocen el acto bilateral concorde, con el que se opera esta última función —la *mancipatio*, la *in jure cessio*, la *traditio*—, pero se guardan mucho de llamarlo *contractus*, puesto que falta en él aquél elemento esencial que es el constituir una obligación.

La *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *traditio* son para los clásicos actos de disposición, actos bilaterales y nacidos de acuerdo, pero no calificables como *contractus*. En cambio, una vez que tal calificación comienza a ser atribuida al acuerdo, es decir, al encuentro y a la congruencia consciente de las declaraciones y comportamientos respectivos de las partes, es evidente que a tal idea se refieren todos los actos que en virtud, precisamente, del acuerdo de las partes proveen a transferir la propiedad o a constituir derechos reales.

Afirmado con los justiniáneos el concepto de *contractus* como acuerdo constitutivo de obligaciones y, de igual modo, como negocio bilateral que transfiere o constituye derechos reales, se comienza a observar en el terreno del derecho común qué diferente es el alcance jurídico de uno y otro acuerdo. La distinción queda expuesta con claridad en una obra de APELI (84) el cual, criticando una opinión de Bartolo de Sassoferrato, observa que se debe tener cuidado aquí de no

---

(84) APEL, *Isagoge per dialogum in IV lib. institut.* Loviano, 1551, citado por FRANZ HOFMANN, *Die Lehre vom titulus und modus adquirendi*, 1873, 20-25.

confundir los modos de adquirir el dominio con el contrato y las otras fuentes de obligación. El dominio sobre las cosas no se constituye o transmite mediante convenciones, sino a través de actos de tradición, de retención autorizada, de aprehesión, de ocupación y otros semejantes. Puede suceder únicamente, y de hecho así sucede, que las convenciones y los contratos invistan y fundamenten esos mismos actos de tradición, retención, etc. ¿Qué significa en realidad que "invistan y fundamenten". ¿Significa que estos contratos constituyen la causa de los modos de adquirir la propiedad o de constituir los *iura in re aliena*. Los contratos, como declaraciones preceptivas dirigidas a originar un cierto núcleo de intereses, justifican aquellos modos de adquisición con los cuales tiene lugar el núcleo de intereses previsto. Así, en particular, la *traditio,* como negocio causal, opera la adquisición de la propiedad en cuanto que esté dirigida a originar un determinado núcleo de intereses idóneo para justificar la adquisición. Ya decían los romanos que para la adquisición era indispensable una *iusta causa traditionis,* y así, en cada caso en que el acto bilateral de transmisión o de constitución de derechos reales —no calificado todavía de *contractus*— determinaba la actuación de determinados típicos núcleos de intereses que se llamaban compraventa, permuta, transacción, mutuo, donación, etc.

Advertida, en el plano del derecho común, esta necesidad de mantener diferenciados los negocios bilaterales que dan lugar al paso de la propiedad o a la constitución de derechos reales y los negocios jurídicos para cuya actuación se ponen en juego aquellos modos de adquisición, se viene a dar a los primeros el nombre de "*modus adquirendi*" y a los segundos (que para los clásicos constituían su *iusta causa)* la calificación de *titulus adquirendi,* con terminología no romana.

Creemos que podemos servirnos, provechosamente, de tal distinción para aclarar el sistema y estructura de los negocios translativos y constituivos de derechos reales (art. 1.376, 1.465). pero con algunas precisiones que es conveniente dilucidar con

un ejemplo. Tomemos el caso del pago de lo indebido: la *traditio* del dinero se ha realizado válidamente y ha producido la adquisición de la propiedad porque ha dado lugar a la actuación de un núcleo de intereses reconocido y tutelado por el derecho: la *solutio*. Es verdad que falta aquí el presupuesto objetivo de la *causa solvendi,* es decir, el débito; pero esto, por ahora, no importa puesto que las partes lo han tenido presente de mutuo acuerdo, ignorando que no existía. Lo que constituye la transmisión consensual de la *possessio* (el *modus adquirendi*) es válido para producir el efecto de transmitir la propiedad dado que origina aquel núcleo de intereses que se llama "pago": núcleo de intereses que, según la terminología romana, constituye la *iusta causa*.

Sin embargo, en este negocio falta el presupuesto objetivo de la *solutio,* que es la deuda; presupuesto objetivo sobre el que las partes se han decidido a crear el negocio jurídico de pago de cuya *causa solvendi* (se puede decir todavía con terminología de Derecho común) ese presupuesto constituye la *causa remota*. No debe, pues, confundirse la *causa solvendi* del negocio translativo con la *causa remota* que puede considerarse como el presupuesto objetivo de aquella o una finalidad práctica ulterior que aquella tiende a alcanzar.

Por el hecho de que falte el presupuesto objetivo de la causa, una vez que se descubre la inexistencia de la deuda, no caduca la adquisición sino que surge, en quien pagó lo indebido, el derecho a repetir lo que dio a la otra parte y que ésta ha recibido. Se produce, por tanto, una transmisión de la propiedad porque existe un adecuado *modus adquirendi;* pero lo que viene a descubrirse como ineficaz es el *titulus adquirendi* o título de adquisición que no es otra cosa que la existencia del presupuesto objetivo en virtud del cual las partes han sido inducidas a perseguir la función satisfactoria propia del negocio de pago: el débito o deuda.

Para adoptar, pues, en sus justos límites, aquella terminología que nos llega, si no toda al menos en parte, del Derecho común, es preciso distinguir el *modus adquirendi*

(la *traditio* en el ejemplo puesto) del núcleo de intereses, para cuya realización se da vida al *modus* y que constituye la *iusta causa* de éste (la *solutio*); y, en fin, distinguir del *modus* el *titulus adquirendi,* es decir, la relación jurídica constitutiva del presupuesto objetivo del negocio: relación del débito.

Una investigación ulterior será precisa cuando nos refiramos al enriquecimiento injusto; veremos entonces que, en el enriquecimiento sin causa, la falta de justificación está dada por el hecho de que, aun habiéndose operado válidamente la adquisición, falta un *titulus retinendi,* es decir, un *titulus* que justifique la conservación del aumento patrimonial obtenido. Pero existe diferencia entre esta hipótesis y la del pago de lo indebido: en el pago de lo indebido se debe restituir precisamente lo que se ha recibido con el acto de la transmisión mientras que en el enriquecimiento injusto se debe devolver a la otra parte no aquello que se ha recibido sino también aquello con lo que se ha enriquecido. El problema aquí es el del *titulus retinendi,* es decir, un título que justifique la conservación del aumento patrimonial y cuya falta justifica la obligación de devolver el enriquecimiento conseguido sin causa.

Llegados a este punto sería necesario trazar un ulterior esquema histórico de las otras fuentes tradicionales de las obligaciones como los llamados cuasi-contratos y los actos ilícitos para llegar a un correcto planteamiento de los problemas en conexión con ellos y que se refieren a la otra fuente de que se ha hablado: el contrato. Pero preferimos, para no interrumpir la exposición, examinar por completo esta última fuente bajo el aspecto de las manifestaciones de la autonomía privada y de la tutela unida a ella bajo el prisma del aleas normal del contrato, de la onerosidad y del sinalagma. Por lo que respecta al cuasicontrato se hablará de él inmediatamente después y luego seguirá la exposición de las restantes fuentes, es decir, de los actos ilícitos (delitos o cuasi-delitos) teniendo presente para estos últimos lo que ya se ha expuesto en la primera sección de este curso de teoría general de obligaciones, en el § VI, letras *A* y *B*.

§ IV

TIPICIDAD DE LOS CONTRATOS FUENTES DE OBLIGACION

Exigencia de una tipicidad social de las funciones de cooperación protegidas por el derecho. Contratos legislativamente típicos y contratos anómalos (85). Contratos irregulares, anómalos innominados y anómalos compuestos o híbridos: orientación de su tratamiento jurídico y criterios correspondientes. Absorción por subordinación y combinación de varias funciones en una función compleja.

Al principio se propuso una clasificación de los negocios obligatorios según un criterio que se refiere a la función económico-social típica que cada uno de ellos viene a desarrollar en la vida de una comunidad y se ha destacado cómo el fenómeno de la recepción de la autonomía privada en la órbita del derecho se traduce en la tutela que éste concede a determinados núcleos típicos de intereses que responden a funciones típicas de cooperación socialmente útiles entre los miembros de una comunidad.

Ahora es necesario examinar más atentamente estas categorías de núcleos de intereses en aquello que se refiere, diríamos así, a su importancia para el Derecho junto con los problemas que ellos plantean.

La función económico-social que es necesaria al acto de autonomía privada para obtener la tutela y la protección jurídica, debe ser clasificada en tipos y estos pueden ser, bien los tipos que un orden jurídico históricamente determinado

(85) Para esta parte, v. BETTI, *Diritto romano*, §§ 54, 85, 93; y *Teoria generale del negozio giuridico*, cap. II, § 6 y §§ 22, 23 y autores allí citados.

reconoce ya expresamente y regula con una adecuada disciplina, bien otros tipos de funciones que, aun no gozando en la ley de un adecuado tratamiento jurídico, tiene importancia para los particulares en la vida social.

En tal sentido, el Código, en su artículo 1.232 establece que las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular con tal de que estén dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico [2]. Ahora bien, es preciso entenderse sobre tal tipicidad. Según una terminología equívoca (86) que no tiene justificación, sería preciso distinguir los negocios típicos de otros negocios que se califican como "atípicos" como si en el campo del Derecho pudiera tener importancia algo que sea "atípico" que es, por el contrario, sinónimo de aquello que está fuera del Derecho y, por tanto, no tiene importancia para él (87). Podemos distinguir, en cambio, una tipicidad legislativa de una tipicidad de otra naturaleza pero siempre importante para el Derecho y precisamente una tipicidad social; de la primera son muestra los contratos y los negocios que tienen una disciplina legislativa particular y propia, mientras que a la segunda se pueden llevar todos aquellos negocios que carecen de ella pero a los que el Derecho concede una tutela en virtud, precisamente, de la función social típica a la que responden.

La tipicidad legislativa o social de un negocio es, por otra parte, una calificación que tiene esencialmente carácter de re-

---

(86) Así MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 213-214; MOSCO, *Conversione interpretativa*, 191 y ss.; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, 220 y ss.; DE SIMONE, *I negozi irregolari*, 62; GRAZETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammisibilità nel nostro ordinamento giuridico*, en «Riv. dir. comm.», 1936, I, 366-372.

(87) V. *Teoria gen. del negozio*, 191-192.

[2] Asimismo, el artículo 1.255 C. c. español da una norma valorativa general para aquellos pactos, cláusulas y condiciones que los contratantes establezcan al margen de lo ya acogido por el legislador, en el sentido de prohibir los que sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público.

latividad histórica ya que el Derecho puede acoger, entre los tipos legislativamente disciplinados, un negocio que anteriormente respondía también a una función socialmente importante para los particulares, miembros de la comunidad [3]. La distinción entre contratos nominados e innominados no tiene valor absoluto y nada impide que un contrato de los llamados innominados venga a gozar, en una nueva legislación, de un tratamiento legislativo adecuado y peculiar. Así, por ejemplo, es instructivo ver lo que ha sucedido con el servicio bancario de las cajas de seguridad, que no tenía una disciplina propia en el Código de 1865 mientras que está regulado en el Código vigente, artículos 1839-1841.

Todo esto sirve también para iluminar otro aspecto del problema, que constituye propiamente su esencia: la exigencia de que los contratos y, en general, los negocios, respondan a funciones socialmente relevantes, para hacerse acreedores de reconocimiento y tutela por parte del ordenamiento jurídico, demuestra cómo, en realidad, las declaraciones y comportamiento de los particulares (y no la "voluntad", como alguno desearía) dirigidos a poner en juego un núcleo de intereses, son objeto de valoración por parte de la ley que los acoge y confiere relevancia jurídica, únicamente cuando se dan determinadas condiciones. Esto demuestra, asimismo, la falsedad y falta de verosimilitud de la idea que atribuye a la sola voluntad del particular el poder, en verdad injustificable dentro de la realidad jurídica y social de nuestros días, de dar vida a negocios válidos y, por tanto, relaciones de obligación en el plano del Derecho.

En conclusión, pues, aquella tipicidad de la que habla el Código en los artículos 1.322-1.323 —el último de los cuales

---

[3] El C. c. español dedica el Capítulo IV, Título IV, L. IV (art. 1.281 y ss.) a las normas de interpretación de los contratos. Respecto de los contratos atípicos, la norma general para los contratos del 1.091 remite a la interpretación de la voluntad de las partes. Para aquellas cuestiones en que esta regla no pueda servir como norma determinativa del contenido del contrato, puede acudirse, según la doctrina, a las reglas establecidas para los contratos típicos análogos, a los principios generales de las obligaciones y contratos o bien a los principios generales del Derecho.

enuncia propiamente una norma de interpretación (88) y prevé la posibilidad de extender a los contratos innominados la disciplina propia de los nominados— se entiende en un doble sentido: tipicidad legislativa, como característica de los negocios y contratos que gozan de una peculiar disciplina legal, y tipicidad social, que cumple, como siempre, la misión de limitar y dirigir la autonomía privada pero que actúa mediante una remisión a las valoraciones de la conciencia social relativas a las manifestaciones de la autonomía privada que, en la medida en que el ordenamiento jurídico estima que responden a una función socialmente útil, son acogidas y tuteladas por él (v. *Teoría generale del negozio giurídico,* p. 196). Por tanto, junto a la tipicidad legislativa de los negocios fuentes de obligación se debe reconocer una tipicidad social de los negocios que también son fuente de obligación, aun cuando les falte una particular disciplina en la ley [4].

En la órbita totalizadora de estos contratos, que convenimos en llamar anómalos, y que, aun cuando no entren en los tipos legales, obedecen a funciones sociales típicas de cooperación, podemos establecer algunas distinciones: *a)* negocios irregulares, *b)* negocios que podríamos llamar anómalos innominados, y *c)* negocios impropiamente llamados mixtos, que mejor estarían calificados como anómalos compuestos o híbridos.

Se califican de irregulares aquellos negocios que entran, de por sí, en una hipótesis legal típica de contrato, pero cuya disciplina presenta algunas modificaciones. La particular característica del objeto de estos contratos es lo que hace necesaria una diversidad de tratamiento jurídico. Así, en el arren-

(88) Que regula, como el precedente, la admisibilidad y límites de una interpretación analógica de las normas generales sobre contratos.

[4] El C. c. español acoge también la posibilidad de contratos atípicos al amparo del artículo 1.255, que establece ampliamente el principio de libertad de contratación. En este mismo artículo se da una norma de valoración de la atipicidad, poniendo a las leyes la moral y el orden público como límites al principio citado.

damiento de cosas y lo mismo sucede en el depósito irregular y en la prenda irregular, en los que la naturaleza fungible de lo que se da en depósito o en prenda no permite un recurso, puro y simple, a la disciplina propia del depósito o de la prenda. La razón de todo esto es clara: al contrato de depósito es esencial la idea de restitución de la *eadem res* (arts. 1.766, 1.771, 1.780) y a tal fin se exige la diligencia del depositario y se fijan los límites de su responsabilidad (arts. 768, 1.769, 1.780) [5]. De la misma suerte es esencial a la prenda el carácter especificamente determinado del objeto de la misma (bienes muebles, universalidad de muebles, créditos, etc.) al que corresponde una prohibición de uso o de disposición (artículos 2.784, 2.792) [6]. En las figuras del depósito irregular y de la prenda irregular, por el contrario, su objeto lo constituye una cierta cantidad de cosas fungibles, un *genus,* y éste viene a identificarse, en el comercio ordinario, con cosas (ejemplares del *genus)* que se consideran sustituibles indiferentemente, la adquisición de las cuales se opera desde el momento de la entrega (v. art. 1.378); es natural, por tanto, que esta característica impida llevar estos contratos, llamados irregulares, a la disciplina pura y simple de los supuestos legales de la prenda y depósito, los cuales se basan sobre elementos estructurales diversos. Por consiguiente, el tratamiento jurídico de estos negocios resultará de una modificación de lo que es propio de los otros contratos llamados irregulares (prenda y depósito) teniendo presentes las particularidades que constituyen la razón de tal modificación; así, por ejemplo, para el depósito irregular el Código establece en el artículo 1.782 que el depositario adquiere la propiedad de las cosas fungibles y esta obligado a restituir otras tantas de la misma naturaleza y cualidad, observando las normas propias del mutuo en cuanto sea posible su aplicación [7].

De estos contratos, que habíamos acordado en llamar irre-

---

[5] Vid. análogamente los artículos 1.758 y 1.766 y ss. del C. c. español.
[6] Vid. análogamente los artículos 1.859 y 1.863 y ss.
[7] Análogamente en nuestro Derecho el artículo 1.741 C. c.

gulares, deben distinguirse aquellos otros que no entran, ni siquiera parcialmente, en ninguno de los tipos nominados legales, a los cuales podemos calificar como contratos *anómalos innominados;* contratos que, como se ha visto, responden a una tipicidad no legislativa sino social y que, a menudo, reciben, en consecuencia una particular y expresa disciplina cuando el Derecho les reconoce una aumentada importancia en la vida social. Son, por tanto, consideraciones históricas relativas las que llevan a clasificar estos contratos en la categoría de los negocios anómalos innominados, los cuales a su vez se distinguen de los negocios *compuestos o híbridos,* impropiamente llamados "mixtos".

La expresión "mixtos" deriva de las fuentes romanas, en las que se califica de *mixtum* el *negotium* que contenga, en sí, algunos de los elementos propios de la *donatio*. A este propósito es preciso recordar lo viva que estaba en el espíritu de los romanos la contraposición entre *negotium* y *donatio* (D. 39, 5, 18 pr.; D. 44, 7, 3, 1), en cuanto que el primero consiste en un núcleo de intereses esencialmente oneroso mientras que la *donatio* estaba considerada como acto de liberalidad con el que se transmite la propiedad de un bien sin contraprestación alguna; por tanto, cuando se encontraban con un negocio en el que iba inserto un elemento de liberalidad, hablaban de negocio "*mixtum cum donatione*". Ahora bien, nos parece que en Derecho actual, no se puede hablar de negocios mixtos en cuanto que en ellos no viene a insertarse un elemento extraño y antitético sino que, más bien, tiene lugar el hecho de encontrarse la conjunción de funciones propias de varios contratos lo que puede dar lugar, como se verá, a su combinación en una nueva función que puede calificarse de *compleja*. Siendo posible, hoy, configurar la donación como un negocio jurídico patrimonial a título gratuito (89), desaparece la antítesis entre esta y el *negotium* que se encuentra en la concepción romano-clásica y que constituye la razón de

(89) *Teoria gen. del negozio,* § 39 .

atribuir la calificación de *mixtum* al *negotium* que contenía en sí elementos de uno y otro (90). Creemos preferible, por tanto, y más adecuada, la terminología de negocios compuestos o híbridos que refleja mejor el fenómeno de combinación de varias funciones, como se ha señalado.

Por lo que se refiere al tratamiento de tales negocios, son concebibles, en abstracto, dos orientaciones diversas, que obedecen a criterios prácticos opuestos: una orientación *analogística* y una orientación *anomalística*. Para la primera, en todo negocio compuesto que presente en sí funciones propias de otros negocios nominados debería buscarse la función predominante y, subordinando a esta las otras, se extendería al contrato innominado la disciplina peculiar del negocio que cumple la función que se manifiesta allí más importante. Encontrando así frente a un negocio que presente elementos diversos —elemenos que correspondan a negocios de tipo *A* o de tipo *B*— se trata de ver cuál de las causas concurrentes está *funcionalmente subordinada* a la otra, y una vez establecido, en este sentido, un rango, el negocio quedaría comprendido dentro del tipo contractual caracterizado por la causa dominante, aplicándosele, en consecuencia, la disciplina típica. A tal orientación obedece el criterio que según la terminología de la civilística alemana, se llama de absorción: el negocio compuesto que presente elementos de otros contratos nominados viene a ser absorbido, por decirlo así, en la figura causal del contrato nominado que responde a la función más importante en el caso que se considera; y el contrato permanece como simple (91). Por tanto, si se dan los presupuestos del método de la absorción y si se puede establecer que entre las varias funciones que se discuten, la predominante es una sola y las otras le están subordinadas, nos encontramos entonces ante aquel tipo legal de contrato al cual corresponde

(90) *Teoria gen. del negozio*, 539.

(91) V. en este sentido las observaciones de ASCARELLI, *Saggi giuridici*, 157-163.

aquella función prevalente con algunas variantes que no alteran su fisonomía.

En la orientación anomalística en cambio se tiende más bien a diferenciar el negocio híbrido de las figuras ya existentes como negocios nominados para formar un tipo autónomo. Se presupone aquí una particular dificultad en establecer un rango en cuanto a la importancia de las funciones que concurren en el negocio innominado manifestándose, en cambio, una forma de coordinación entre ellas que induce a tenerla en cuenta en el tratamiento jurídico del negocio. La orientación anomalística de tal tratamiento tiene en cuenta un concurso similar entre las diversas funciones y no mira a incluir el negocio en una hipótesis legal ya existente sino a atribuirle una configuración autónoma y diferenciada de las otras. El criterio que examinamos aquí es el llamado de la combinación que, entendida naturalmente, no en el sentido de una combinación química o mecánica sino en sentido teleológico (92), unifica y funde las distintas causas concurrentes en una función *compleja*. El negocio que resultará de un tratamiento jurídico así orientado será un nuevo tipo de negocio: negocio que podríamos calificar de compuesto y cuya disciplina será coherentemente deducida de la de los otros tipos correspondientes a las funciones que han entrado a formar parte de la función resultante compleja; pero ni la una ni la otra serán reducibles, jamás, a un único tipo de negocio ya existente y a su respectiva disciplina.

Así, por ejemplo, el contrato de portería presenta los elementos de la *locatio rei* y de la *locatio operarum:* el alquiler viene a combinarse con la relación de trabajo sin que se pueda establecer cuál de las dos funciones económico-sociales correspondientes tenga prevalencia; resulta de esto un nuevo tipo que no puede comprenderse entre los precedentes y que goza de una particular disciplina legal que, aun remitiéndose

(92) V. la crítica en MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, VII, n. 7.

a normas de otros tipos preexistentes, tiene una posición autónoma.

El resultado al que se llega siguiendo tal orientación en el tratamiento de los negocios anómalos, que llamamos compuestos, es, por tanto, la configuración de un nuevo tipo de negocio, obtenido a través de la fusión en una única causa compleja de las varias funciones concurrentes y consiguiente establecimiento de una disciplina correlativa. Pero todo esto presupone (93) que las varias funciones de cooperación concurrentes estén llevadas a formar parte integrante de destino social típico del negocio, es decir, que cada una de ellas tenga para las partes una importancia específica propia en la órbita de la función compleja del negocio (94) lo cual diferencia los contratos compuestos de aquellos irregulares en los que la particular característica del objeto (cosas fungibles o consumibles, etc.) no está asumida en el destino social típico y no cuenta, por tanto, para la configuración de un nuevo tipo de negocio con función compleja (95). Concluyendo podemos decir que cada tipo de contrato compuesto viene determinado por la manera en que los dispersos elementos concretos vienen a combinarse en la nueva función (96).

---

(93) DE GENARO, *Contratti misti*, 1933, 160; DE SIMONE, *I negozi irregolari*, 1952, 101-102.

(94) DE SIMONE, *op. cit.*, 101, habla impropiamente de la necesidad de que las funciones sean «requeridas por sí mismas».

(95) DE SIMONE, *op. cit.*, 103 y ss.

(96) Así HOENIGER, *Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge*, que distingue § 4; *ohne Typenvermengung;* § 5: *mit Typenvermengung trotz eindeut. Subsumierbarkeit;* § 6: *bei doppelter Subsumierbarkeit;* § 7: *durch Verbingundg meherer Leistungen;* § 8: *durch vermischte Entgeltichkeit*: 168 y siguientes.

§ V

ONEROSIDAD Y GRATUIDAD DE LOS NEGOCIOS FUENTES DE OBLIGACION

Aspectos de la onerosidad. Bilateralidad de cargas y bilateralidad de obligaciones. Contratos con prestaciones correlativas (1453). Reciprocidad de obligaciones: sinalagma funcional. Correlatividad con obligaciones bilaterales simultáneas. Correlatividad con prestación anticipada constitutiva de contrato. Correlatividad genéticamente condicional. Onerosidad, contraprestación y modus. La onerosidad en los contratos de cambio; contratos commutativos y contratos aleatorios; contratos asociativos.

Pasando ahora a tratar de la calificación de onerosidad y gratuidad, es necesario, como paso previo, la siguiente precisión: el problema de la onerosidad o gratuidad sólo puede plantearse correctamente en relación con los negocios llamados de atribución *(Zuwendungsgeschäfte)*. El concepto de atribución, siguiendo la formulación más correcta, comprende todo negocio a través del cual una de las partes procura a la otra una ventaja patrimonial (97). Quedan fuera de este ámbito dos categorías de negocios: *a)* la renuncia (98), *b)* los actos de destino *(Zwecksatzungen)*. Se ve esto, inmediatamente, con toda claridad, respecto de la primera: la ventaja de carácter patrimonial que de la renuncia pueda derivarse para

(97) V. por todos TUHR, *D. allg. Teil d. deutschen Bürg. Rechts, II, München u. Leipzig*, 1918, § 71, p. 49 y ss. Se añade, sin embargo, que el acto de atribución puede, también, ser diverso del negocio (ej.: transmisión obligada).

(98) Cfr. Mosco, *Gratuità e onerosità*, Milano, 1942, p. 24 y ss.

un tercero no puede tener más que carácter ocasional, que en nada se corresponde con la función del acto la cual es, sencillamente, la de despojarse de un bien propio y no la de promover un incremento en la esfera patrimonial de un tercero. Es decir, en la renuncia se da únicamente el aspecto de la "disposición" y no el de la atribución a otros, lo que significa que los dos conceptos no coinciden. A la misma conclusión debe llegarse respecto de los negocios de destino, mediante los cuales no se realiza una atribución aunque se imprima a determinados bienes un destino determinado, subordinado el *uti* y el *frui* a un estatuto de destino *(Sœtzungsnorm)*. También para estos actos, y con el fin de evitar fáciles objeciones, conviene poner de relieve que la distinción entre "atribución" y "destino" es tan sólo una distinción de funciones y aspectos, compatibles entre sí y, eventualmente, incorporables en un mismo acto (99).

Se suele estimar por otra parte, que el problema de la onerosidad puede plantearse en tanto en cuanto los actos de atribución presenten el carácter de "espontaneidad" (100). La falta de tal requisito excluye que se les pueda reconocer un carácter autónomo de onerosidad o gratuidad. Por actos no espontáneos habrían de entenderse aquellos que se realizan a causa de una *necesitas iuris*, en ejecución coactiva de una obligación: actos vinculados, debidos o coactivos. Estos actos se presentarían, respecto de nuestro problema, como actos neutros. Sin embargo constituirían una categoría particular de actos neutros, los cuales —a diferencia de los negocios de

(99) Sobre los actos de destino en general, BEKKER, *System d. deutschen Pandektensechts*, II, pp. 275 y ss.; *Zur lehre rom Rechtssubjet*, «Jher. Jahrb.», 12, § 4; CARIOTA-FERRARA, *Negozio giuridico*, p. 131 y ss.; MOSCO, *op. cit.*, p. 25 y ss. FERRARA hace de ello una importante aplicación a la institución de la dote (en *Dir delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941, p. 322 y ss.) y al negocio de dotación en las fundaciones (*Le persone giuridiche*, Torino, 1938, p. 186 y ss.). Como ejemplo típico de acto en el que concurren ambos elementos de destino y atribución, recordamos la constitución de dote por parte de un tercero.

(100) MOSCO, *op cit.*, n. 7 y ss. La expresión es impropia; mejor sería decir «actos de carácter libre», en oposición a «vinculado».

destino— asumirían un carácter de onerosidad o gratuidad en razón de la naturaleza diversa del "titulus adquirendi". Así, por ejemplo, tendría carácter gratuito el cumplimiento de una donación obligatoria y, por el contrario, carácter oneroso el pago del precio en la compraventa (101). Bajo otro aspecto, sin embargo, estos mismos actos se pueden calificar perfectamente de onerosos en cuanto, desde un punto de vista conceptual, se enfrenten a la donación (como negocio translativo). En este sentido es onerosa, verdaderamente, la *solutio* o la *datio* en pago, con la que no se quiere precisamente donar; igualmente la *mutuidatio* porque se hace teniendo a la vista la restitución del *tantundem*. Pero sobre esto último hay que proceder con cautela. La ley distingue exactamente entre mutuo oneroso y mutuo gratuito, según sea con o sin intereses. En esta calificación se tiene en cuenta, en efecto, el elemento característico de los negocios de crédito, el aplazamiento (en el que consiste la concesión del crédito); decidiendo de diversa manera según que a semejante ventaja del mutuatario corresponda o no una ventaja para el mutuante (102).

Prescindiendo de este segundo aspecto, por el cual a todo acto de cumplimiento debe reconocerse carácter de onerosidad, el requisito de ésta se puede identificar, fácilmente, en el hecho de que la prestación establecida en el contrato sea *debida en función de una contraprestación,* que puede ser tanto una contraprestación como un valor recibido o un suceso esperado o bien una cooperación asociativa correspondiente. Se da así la extensión más amplia al concepto de onerosidad de modo que abarca, según una distinción que deberemos hacer más adelante, tanto la equivalencia inmediata como la mediata (103).

---

(101) Mosco, *op. cit.*, n. 35 y ss.; Oppo, *Adempimento e liberalità*, 1947, p. 213. Análogas observaciones ya en F. Haymann, *D. Schenkung unter einer Auflage*, 1905, pp. 7-8.

(102) Cfr. art. 1820; Simoneto, *Contratti di credito*, p. 53.

(103) Cfr. Hoeniger, *D. gemischten Verträge in ihren Grundformen*, pp. 268-69.

Al llegar a este punto, interesa distinguir claramente entre bilateralidad de obligaciones simultáneas y contrapuestas y bilateralidad de cargas económicas Solamente la primera corresponde a la figura histórico-dogmática del "sinalagma" como "ultro citroque obligatio" (Labeo: D. 50, 16, 19); no así, por el contrario, la segunda. Ello no impide, sin embargo, que la norma de que habla el art. 1.453, que se apoya sobre el concepto de bilateralidad de las prestaciones, en sentido técnico (art. 1.174), pueda ser extendida por analogía a la bilateralidad de cargas económicas, aplicación que la misma ley establece para el mutuo usurario en el artículo 1.820. El concepto de sinalagma así, rigurosamente entendido (en sentido conmutativo), queda limitado a sólo los contratos de cambio (104). No puede, por tanto, verse sinalagma en el negocio de mutuo oneroso —llamado sinalagma con prestación constitutiva porque éste lleva consigo unilateralidad y no bilateralidad de obligaciones (105); y no estimamos apropiado hablar de sinalagma condicionado relativamente a la promesa hecha al público y a la mediación (106) porque tampoco en esto es posible encontrar bilateralidad de obligaciones: el público, o el mediador, tienen únicamente la posibilidad (one-

(104) Tal vez, si se quiere ser riguroso, no todos los contratos de cambio constituyen sinalagma; así, por ejemplo, los negocios translativos o constitutivos de derechos reales de los que habla el art. 1.465, para los cuales se establece una regulación diversa en la solución del problema del riesgo, no se corresponden por entero con la figura de la «ultro citroque obligatio». Piénsese en la compraventa de especie: a la obligación de pago del precio se contrapone la atribución principal del derecho de propiedad sobre las mercancías, integrada y flanqueada por la obligación de garantía y por la de transmisión de la posesión (art. 1.476). Estas dos obligaciones no agotan el equivalente del pago del precio, sino que lo integran; de ahí la diversa solución del problema del riesgo. Si bien se mira, éste está en relación con la heterogénesis, puesta antes de relieve, de la noción de «contractus», acto no ya de eficacia exclusivamente obligatoria, sino impregnado de elementos de eficacia real: art. 1.376. Todo esto hace dudar, hoy, de la precisión dogmática misma del concepto de sinalagma, entendido como en el texto.

(105) Vacilante y contradictoria es la posición de BARASSI, *Obligazioni*, II, página 269.

(106) Así, por el contrario, BARASSI, *op. cit.*, pp. 271-74.

re) no ya la obligación de procurar a la otra parte la utilidad esperada. En esta última hipótesis se puede hablar, si acaso, de una equivalencia condicional. También falta el sinalagma conmutativo en los contratos de estructura asociativa, en los que si bien se encuentra reciprocidad de obligaciones (en el sentido de la definición labeoniana) no están, sin embargo, contrapuestas entre sí de modo que una de las prestaciones esté en función de la otra, sino que más bien son paralelas y yuxtapuestas (107).

Antes de pasar a un examen, siquiera breve, de los problemas relativos a las relaciones de cambio y asociativas, al aleas y a la aleatoriedad, conviene ponerse en guardia contra el uso de una fórmula equívoca. Se ha traducido el concepto de onerosidad con el término "equivalencia". Ahora bien, no se trata propiamente de equivalencia, que puede tener sentido en la matemática, sino de paridad de posición y proporcionalidad de ventajas y cargas correlativas; es decir apreciación de conveniencia de la proporción entre la carga que se acepta y la ventaja que, asumiendo la carga, se puede conseguir (108).

Sobre el carácter de onerosidad debe valer, además, un criterio de correlatividad, por el cual sea precisamente el contratante deudor quien figure gravado con la carga en comparación con el otro contratante que de la carga obtiene una ventaja. Tal criterio es esencial y no desaparece por el hecho de que un tercero, espontáneamente o por la ley, pueda intervenir ayudando al deudor en el cumplimiento de la obligación o sustituirle en ella (art. 1.180): se trataría en tal caso de asuntos internos que no alteran la índole del negocio (109). La ventaja tiene que estar asegurada a uno de los contratantes por la carga asumida por el otro, por tanto a cargo de este

(107) BARASSI, *op. vol. cit.*, pp. 266-7. Para la antítesis entre contrato de cambio y de asociación, JHERING, *Zweck im Recht*, pp. 123-25.

(108) La advertencia proviene de JHERING, *op. cit.*, pp. 121-22 («Uebergewicht, Plusvalent»!).

(109) BARASSI, *op. vol. cit.*, p. 279.

último, no a cargo y expensas de un tercero extraño a la relación contractual. Carece de trascendencia, sin embargo, que figure en el contrato, como destinatario de la ventaja, un tercero: contratos a favor de tercero (110) los cuales asumen siempre carácter oneroso.

Se advierte, pues, que la valoración de onerosidad o gratuidad no puede hacerse más que con relación a la causa. Aludir a los motivos carece de importancia y conduce a conclusiones disparatadas porque el mismo acto puede aparecer gratuito si se considera su función típica y, por el contrario oneroso, si se mira a las particulares razones que lo han inspirado. El aspecto que tiene interés es el de la causa (111) y es precisamente con relación a ésta por lo que se califica como gratuita la donación modal (112) ya que el *modus* no tiene función de *equivalente* sino que limita únicamente la atribución gratuita en el aspecto económico, añadiendo, en tal sentido, nuevos efectos a los típicos de la donación (113). Un intento iluminador para la caracterización del *modus* en contraposición del *equivalente* nos parece ser el de HAYMANN (114) quien deduce el carácter diferenciador de la diversa importancia que asume el *modus* respecto de los intereses del do-

---

(110) Por eso es incompleta la definición de negocio oneroso dada por el artículo 1.101 del viejo código (en realidad mejor que la del art. 1.106 del Cod. de Napoleón), según el cual, es a título oneroso «aquel contrato en el cual cada uno de los contratantes intenta procurarse una ventaja mediante un equivalente». En el Código del 42 falta una definición análoga.

(111) V. *Teoria del negozio giuridico*, p. 321 y ss.; PINO, *Eccessiva onerosità*, página 48 y ss.

(112) PINO, *op. cit.*, p. 49, por elevado que pueda ser el *modus*.

(113) SANTORO-PASSARELLI, *Instituzioni di dir. civile*, 1945, n. 45. No ha de creerse que el *modus* viene a quedarse en una mera recomendación fiduciaria que se limita a apelar a la conciencia del destinatario, sino que forma parte integrante del contenido preceptivo del negocio, hasta el punto de que la parte puede disponer de antemano un adecuado sistema de cláusula resolutiva para asegurarse su cumplimiento. (N. *Teoria neg. giur.*, p. 550 y ss.; art. 793, ult. cpv.)

(114) *Die Schenkung unter einer Auflage*, cit.

nante, en parangón con la importancia de la prestación gratuita respecto de los intereses del donatario; importancia que, por el contrario, es de igual grado en el contrato conmutativo, en el que una de las prestaciones está *en función* de la otra (115). El *modus* deja inalterado el carácter gratuito de la donación a la que va unida; a la eficacia real, propia de la donación, se yuxtaponen efectos obligatorios a cargo del donatario, que limitan el contenido económico de aquélla. Las dos atribuciones no se contraponen entre sí ni hay entre ellas un nexo de recíproca dependencia (bilateral) como en los negocios conmutativos, sino más bien están ligadas por un nexo de dependencia unilateral en el sentido de que la prestación, en la que el *modus* se sustancia, viene a depender de la atribución hecha por el donante y no al contrario. Se aclara así el fundamento de la disciplina establecida por el artículo 794 ("la carga ilícita o imposible se considera como no puesta") salvo, naturalmente, el caso en que ese haya sido el único motivo determinante) disciplina que sería inconcebible en materia de contractos conmutativos (el llamado sinalagma genético). Y en esta misma línea se puede sostener todavía, y con razón, la posibilidad de aplicar en nuestro ordenamiento un criterio semejante a la regla establecida por el § 525 B. G. B. para el cual, el donante puede pretender el cumplimiento del *modus* únicamente cuando haya él cumplido lo que le corresponde.

Señalada así la diferencia entre donación modal y contratos conmutativos consideramos oportuno, en este punto, hacer unas breves consideraciones sobre la problemática relativa al llamado sinalagma funcional. Como es sabido, este concepto ha sido aceptado por gran parte de la doctrina para explicar toda una serie de fenómenos pertenecientes a la fase de ejecución del contrato por la presencia de acontecimientos que pueden frustrar o poner en peligro la actuación de la función de cambio. Es decir, nos referimos a las figuras de

(115) HAYMANN, op. cit., spec. pp. 57 y ss., equivocadamente criticado por HOENIGER, *Gemischte Verträge*, pp. 253-67.

resolución por incumplimiento (art. 1.453 y sgts.), *exceptio in adimpleti contractus* (art. 1.460) y solución del problema del riesgo (arts. 1.463-65). Se ha intentado llevar a la fenomenología de la causa la institución de la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida (arts. 1.467 y sgts.) (116) pero, a nuestro entender, sin fundamento (117). No es este el lugar para profundizar en esta problemática pero es necesario replantear algunos equívocos y deshacer algunas consideraciones superficiales dirigidas contra la teoría del sinalagma funcional. Se ha sostenido (118) que un eventual vicio funcional de la causa, aun absurdo, admisible, debería originar necesariamente la nulidad del contrato. Sin embargo, al razonar así se ha incurrido en una lamentable confusión que habría podido evitarse si se hubiese fijado la atención en la diferencia clara de problema práctico que se le plantea a la ley según que se trate de vicios genéticos o de falta de eficacia funcional. Mientras que para los primeros, la "respuesta" de la ley debe expresarse necesariamente en términos de invalidez, para los segundos valen criterios esencialmente distintos. Igualmente infundada es la otra afirmación, corriente (119), según la cual la causa del negocio conmutativo se consumaría en el cambio de las obligaciones, excluyéndose así el poder hablar de vicios (es decir, ineficacia) funcionales. Aparte de lo disparatado de cierta terminología ("cambio de obligaciones") creemos que de esa forma se ha huido "des Pudels Kern" del problema. Aquí lo que importa verdaderamente es ver si el nexo de interdependencia que liga las dos recíprocas prestaciones y al que se ha reconocido digno de tutela agota su importancia en el momento de la génesis o si, por el contrario, se mantiene operante también durante la fase de ejecución de tal modo que

(116) PINO, *Eccessiva onerosità*, cit., spec. pp. 127 y ss.

(117) N. *Teoria obbligazioni*, I, pp. 197 y ss.

(118) PLANIOL-RIPERT, *Traité elementaire de droit civil*, 13 ed., II, París, 1949, p. 184; GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obligazioni*, 1934, n. 53; AULETTA, *Risoluzione per inadempimiento*, 1942, pp. 117 y passim.

(119) GORLA y AULETTA, *locc. op. citt.*

el derecho debe proveer a tutelar orgánicamente y de forma unitaria el complejo fenómeno del cambio. Y es precisamente en esta dirección por donde ha de encaminarse la investigación.

Al mismo tiempo hay que ponerse en guardia contra recientes abusos del concepto —llamémoslo así— de equivalencia genética y funcional (120). Apoyándose sobre este concepto se ha intentado explicar toda una gama de instituciones jurídicas (todas las formas de resolución —por vicios ocultos, incumplimiento, excesiva onerosidad—, la excep. inad. contr., criterio de soporte del riesgo) con el único resultado manifiesto de mezclar fenómenos jurídicos intrínsecamente diversos. Así se ha querido establecer una perfecta equiparación entre la institución de la resolución por vicios ocultos en los contratos bilaterales y la solución del problema del riesgo: la única diferencia sería que, en cuanto al primero, el hecho extraño al deudor, y por tanto fortuito, ya existe en el momento de la conclusión del contrato mientras que respecto al problema del riesgo entran en juego sucesos fortuitos posteriores al contrato pactado (121). Y así sucesivamente hasta negar el presupuesto de la imputabilidad del incumplimiento a los fines de la resolución señalada en el artículo 1.453. Ahora bien, es verdad que la ley en todas estas hipótesis tiene presente la exigencia de equivalencia de las atribuciones, es decir, un equitativo equilibrio de los intereses en conflicto por el que uno vale como el otro y no pueden instituirse preferencias entre ellos; pero al disponer el concreto tratamiento en relación a las varias hipótesis se inspira en criterios distintos que de vez en cuando se manifiestan como típicamente determinantes. Así, fijándonos en la hipótesis de vicios ocultos, resulta claramente de los artículos 1.490 y siguientes, y especialmente del artículo 1.494 y de los artículos 1.578 y 1.668, que la resolución por vicios (como la garantía misma) prescinde del elemento de la culpa (la cual tiene, por el contrario, rele-

(120) Mosco, *Risoluzione del contr. per inadempimiento*, 1950, cap. III.

(121) Mosco, *Risoluzione*, cit., p. 24

vancia en orden a una eventual responsabilidad por daños); (confróntese de modo diverso el artículo 1.821) y que responde a la exigencia de realizar del mejor modo posible la equivalencia de las atribuciones conforme a las legítimas expectativas de las partes. Pero detenerse en tal consideración significa perder de vista el problema y establecer ecuaciones sencillamente subrepticias. El problema aquí, como en otros casos, está en buscar la ratio del tratamiento jurídico y en tal sentido ya deben poner sobre aviso las normas de los artículos 1.491, 1.578, 1.667 en los que se excluye la garantía (y por tanto la resolución) "si los vicios eran fácilmente cognoscibles" salvo que, naturalmente, medie un pacto especial de garantía y salvo que el contratante haya declarado que la cosa está exenta de vicios, reforzando la confianza de la contraparte. La ley, como se ve, adecúa su disciplina a lo que es normal poder de control (MACHTLAGE) que las partes pueden ejercer respectivamente sobre el estado de la cosa. La ley, partiendo de una valoración típica, no puede ignorar la diversa situación en la que se encuentran, por ejemplo, el adquirente y el vendedor. Esto último tiene normalmente la posibilidad de asegurarse de que la mercancía corresponde, en la situación de hecho y derecho, a las legítimas expectativas del comprador y debe por tanto responder de los eventuales vicios de ésta. Pero precisamente por eso la razón de la garantía desaparece cuando los vicios sean cognoscibles por el adquirente. En tal caso falta aquella diferencia de la respectiva posición (*"Verschiedenheit der Machtgestaltung"* por decirlo con frase de MÜLLER-ERZBACH) del enajenante frente al comprador que justifique la responsabilidad del primero (122). Para concluir, es del todo inexacto que en tales hipótesis entren en juego hechos ajenos al deudor; el vicio del razonamiento está en creer que, fuera del criterio de la culpa, nin-

(122) MÜLLER-ERZBACH, *Die Interessen u.-d.Machtlage beim Kauf u.deren Haupteinwirkungen auf d.Rechtsgestaltung*, en «Festschrift für Lehmann», 1937; páginas 147-48. De igual modo se aclara el fundamento del § 461 BGB y del § 806 ZPO, así como del artículo 2.922 del nuevo cód. civ.

gún otro criterio existe según el cual se pueda poner a cargo de un contratante determinados acontecimientos que afectan a otro. Se ve ya claramente cuán poco satisfactorio es detenerse en la mera consideración del principio de la equivalencia creyendo ingenuamente haber encontrado el hilo por el que se desenrolla el ovillo (123).

Pasemos ahora a tratar de la particular manera de actuar la onerosidad en los contratos aleatorios. Para evitar equívocos, una advertencia previa. No debe creerse que el concepto de aleas sea exclusivo de los contratos llamados aleatorios sino que también es referible a los otros tipos de contrato, los que llevan consigo una atribución de valores ciertos siempre que no haya contestabilidad entre conclusión y ejecución, ya que el aleas —por lo menos en el sentido en que interesa hablar aquí— es inherente a la valoración comparativa de los intereses en relación con el transcurso del tiempo. Además que debe ponerse en relación con acontecimientos que exceden de la órbita de prevención y control de las partes porque si se tratase de acontecimientos imputables al mismo interesado, no tendría sentido hablar de aleas sino más bien de autorresponsabilidad. A su tiempo pusimos de relieve cómo el contrato produce una rigidez en la valoración comparativa de los intereses, en contraste con el perenne fluir y fluctuar de las visicitudes de la vida. De ahí la posibilidad de que —como consecuencia de producirse acontecimientos imprevisibles e incontrolables, se produzca una alteración en la relación de comparación entre coste previsible y rendimiento previsible (para la contraparte) de la prestación en el momento de la conclusión del contrato y coste y rendimiento efectivos resultantes en el momento de la ejecución. La ley interviene en el sentido de disponer la resolución o la *reductio ad aequitatem* (art. 1.467 sgts.) con tal de que la alteración señalada exceda *el normal aleas del contrato;* para juzgar sobre este último

(123) Sobre tal problemática cfr. fue citado MÜLLER-ERZBACH, «Festschrift f.Lehmann», pp. 141-58; U. BETTI, *Considerz. sulla forza maggiore come limite! di responsabilità,* 34 y ss.

punto se debe mirar al tipo de contrato o, más precisamente, valorar el contrato concreto según criterios típicos (124).

Sin embargo se advierte con claridad la exigencia de distinguir el aleas, del que hemos hablado hasta aquí, de la llamada aleatoriedad típica de algunas figuras de contrato. Esta última se refiere a relaciones de cambio entre valores inciertos; relaciones que expresan un equilibrio de simple probabilidad. De tal modo que para tales contratos el riesgo consiste en que la fijación de la relación de cambio en términos ciertos depende de que se verifique el acontecimiento esperado o temido, pero en todo caso —nótese bien— expresamente previsto. Y aquí —obsérvese— lo que pierde una parte lo adquiere exactamente la otra, salvo que la relación se haya configurado de tal modo que si se verifica una tercera alternativa no resulte ventaja para ninguna de las dos partes. De lo que resulta ya implícitamente que la aleatoriedad tiene carácter necesariamente bilateral en cuanto que, cualquiera que sea la vicisitud, ambos términos de la relación quedarán influidos inversa y proporcionalmente por ella (125).

Por otro, sin embargo, puede distinguirse un aleas unilateral y un aleas bilateral según la diversa función del contrato. Puede suceder que este consista en la asunción de un determinado riesgo a cargo de uno solo de los contratantes: así en el contrato de seguro y en la renta vitalicia (126). Puede suceder, en cambio, que la asunción del riesgo esté a cargo de ambos contratantes de modo que se deba derivar, en vía alternativa, una ganancia para una u otra parte (127). En el segundo caso, se da una artificiosa creación del riesgo y la consiguiente recíproca asunción, sólo dentro de límites dados, tolerados por la ley (por ejemplo el juego y la apuesta) mien-

(124) N., *Teoria obligaz.*, I, & 8, spec., p. 191.

(125) Mosco, *Onerosità*, cit., p. 94.

(126) Barassi, *Obligaz.*, II, p. 293.

(127) Barassi, *Obligaz.*, II, p. 294.

tras que en el primer caso el aleas está constituido por el hecho de que se considera en la relación un riesgo extracontractual.

Queda claro pues que el suceso incierto incluido en el contrato aleatorio, y al que va ligado el aleas, no debe ser confundido con la noción técnica de "condición" como elemento accidental del negocio. En realidad está desprovisto de aquel carácter marginal que es propio de la condición respecto del tipo del negocio (128) y además, mientras la condición suspende o resuelve la eficacia del negocio, del suceso incierto incluido en el contrato aleatorio simplemente depende la relación entre las recíprocas prestaciones (129).

Se destaca, finalmente, que la reciprocidad asociativa, a diferencia de la conmutativa, excluye la aleatoriedad del núcleo de intereses: en ella el riesgo corre a cargo de las dos partes (130). Los riesgos típicos del contrato asociativo son inherentes, más aún que al tipo de contrato, a la actividad económica misma que es objeto de éste; el aleas es, en cierto modo, ajeno al contrato siendo inherente, por el contrario, a la actividad productiva común, en cuanto tal (131).

Ya hemos tenido ocasión de advertir que en los contratos asociativos la comunidad de intereses, dada por la identidad del fin perseguido con esos contratos, difiere de la reciprocidad sinalagmática propia de los contratos de cambio, en los que no hay un objetivo final común sino simple coincidencia de medios; medios que atienden a fines divergentes (132). Que dicha comunidad de fin sea elemento característico de los contratos asociativos fue puesto en claro a su tiempo por JHERING (133) y las posteriores tentativas de discutir esta idea

(128) FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, 1941, p. 174 y siguientes.

(129) MOSCO, *Onerosità*, cit., p. 95.

(130) Los define aleatorios BARASSI, *Obbligaz.*, II, p. 293.

(131) MOSCO, *Onerosità*, cit., p. 113.

(132) MÜLLER-ERZBACH, *Das priv. Recht der Mitgliedschaft*, 1948, p. 34 y siguientes.

(133) *Der Zweck im Recht*, pp. 132-33.

no han tenido éxito. Se ha hablado de conflictos de intereses, de egoísmos individuales y así sucesivamente, creyendo que subvierten la visión de las cosas. El hecho es que es preciso tener buena vista para las distinciones, guardándose de las aproximaciones apresuradas. Hay que tener claramente diferenciadas: *a)* la situación inicial anterior al vínculo social, *b)* la situación establecida al constituirse la relación asociativa, *c)* la situación final de liquidación y disolución. Ahora bien, sin duda, la primera y la tercera fase están caracterizadas por una situación de conflicto y divergencia de intereses, pero con la conclusión del contrato asociativo se llega a una situación diversa, caracterizada por la comunidad de intereses: situación que supera y unifica las divergencias precedentes en una divergencia y coincidencia en cuanto que está destinada a funcionar en provecho de la colectividad de los participantes, para una finalidad necesariamente común a todos los socios (134). Es oportuno dirigir la mirada sobre este segundo momento para evitar objeciones tanto más fáciles cuanto más inconsistentes. Así se afirma que ninguna comunidad y convergencia de intereses puede reconocerse cuando en concreto y por múltiples razones distintas pueden madurar los más graves conflictos de intereses entre el socio y el ente social o entre los socios entre sí. Nadie lo niega; pero es necesario tener a la vista la situación que es normal y típica, teniendo presente todas las medidas que el Derecho dispone para los supuestos anormales. En general basta con considerar la relevancia que, en razón a la comunidad de fin, asume en la sociedad el elemento de la fiducia en base al cual el Derecho configura y orienta el poder directivo social *(Vereinsmacht)* (135). Y en la misma comunidad de fin y con-

---

(134) N. *Teoria neg. giurid.*, pp. 313 y ss. Acertadamente observaba Jhering *(op. cit.*, pp. 216-17) que en las relaciones asociativas el beneficio de uno es el beneficio de otro y viceversa; las cosas son totalmente opuestas en las relaciones de cambio.

(135) Una investigación profunda y original de esta problemática, dirigida a individualizar la ratio de las configuraciones jurídicas en los factores socio-

vergencia de intereses se encuentra la razón del vínculo de la minoría a las deliberaciones de la mayoría (136) a cuyo propósito es oportuno no confundir el conflicto de apreciaciones acerca del interés común, con el conflicto de intereses, que es cosa bien distinta. No es del caso insistir: baste con recordar que la relación asociativa, en cuanto a la comunidad de medios, implica una comunidad de riesgos.

De cuanto se lleva dicho se deduce que en los contratos de estructura asociativa, al no estar dirigida la prestación a quien obtiene provecho de ella (como en los contratos conmutativos) el provecho constituye sólo un resultado indirecto. Según este criterio se distingue (137) una equivalencia inmediata y directa, que caracteriza el sinalagma conmutativo de los contratos de cambio, en los que la prestación de una parte está dirigida a la otra, y una equivalencia mediata e indirecta que caracteriza la reciprocidad de los contratos de estructura asociativa. En éstos la prestación es debida, más bien, para un fin único que es de interés común pero no está dirigida directamente a la otra parte que también, a través del fin e interés comunes se beneficia de ella. Por tanto, la reciprocidad de las obligaciones, que se encuentra también en los contratos de estructura asociativa, es una reciprocidad *convergente* hacia un fin de interés común, a diferencia de la reciprocidad de obligaciones simultáneas y contrapuestas, que está presupuesta por el artículo 1.453.

---

lógicos de la vida de relación, v. en MÜLLER-ERZBACH, *Mitgliedschaft im Umbau*, pp. 79 y ss.

(136) F. HAYMANN, *D. Mehrheitsentscheidung, ihr Sinn u. ihre Schranke*, en «Festgabe Stammler», 1926, spec., pp. 444 y ss. Cfr. nuestra *Teor. gener. del negozio giur.*, 270 y ss.

(137) HOENIGER, *Gemischte Verträge*, pp. 269-76.

VI

VARIAS FUNCIONES Y EXIGENCIAS SOCIALES DE COOPERACION

Su clasificación según su naturaleza o el hecho social al que van unidas.

Discutido el problema de la onerosidad, están por ser revisadas ahora las funciones sociales de cooperación. Estas pueden clasificarse atendiendo a dos criterios diversos, bien mirando a la naturaleza de la función social que el tipo del negocio sirve para realizar o bien mirando al hecho social al que las funciones de cooperación van ligadas. Así podemos fijarnos en negocios jurídicos, contractuales o no contractuales, o bien en relaciones jurídicas cualificantes o legitimadoras, en situaciones de hecho que ponen en contacto dos esferas de intereses, en hechos ilícitos que son causa de un daño injusto, en hechos determinantes de un desequilibrio patrimonial entre tales esferas de intereses. Es preciso advertir que las dos diferentes clasificaciones se interfieren siendo diverso el critero. Se puede mirar a la función social de cooperación o bien al hecho social al cual va unido el surgir de la obligación. Si se mira a la *naturaleza* de las varias *funciones sociales*, debemos distinguir la función de cambio de la función de crédito e incluso de otras funciones sociales de cooperación: cooperación asociativa, cooperación gestoria, cooperación personal de trabajo, cooperación consistente en la prestación de un resultado (opus), cooperación de garantía (satisfactoria).

I. A) Hay contratos de cambio con los que un bien es transferido como objeto de propiedad, como equivalente de otro bien que, por lo general, pero no necesariamente, consiste en una suma de dinero. Existen otros contratos conmutativos en los que el cambio tiene por objeto no ya el bien en sí mismo considerado como objeto de dominio sino más bien considerado en su limitado aprovechamiento, sea bajo el aspecto del "frui", sea bajo el del "uti", es decir, tanto para el goce en orden al rédito que pueda llegar a percibirse cuanto por la utilización directa. Aspecto este último que se discute en el comodato (138) en el que, prestándose una cosa para hacer uso de ella se confiere a la otra parte sólo la utilización inmediata pero no la posibilidad de una transformación económica o de un aprovechamiento con facultad de transformar los frutos que se obtienen de la cosa misma de tal modo que se obtenga por un cierto tiempo el rédito de la cosa productiva. Los contratos de esta categoría son fácilmente identificables: la venta (arts. 1.470-1.547 C. C.) (139) que opera la transmisión de la propiedad se diferencia fácilmente del arrendamiento (arts. 1.571 y sgts.) (140) con la que únicamente se tiene una capacidad de rédito. Generalmente las dos funciones pueden ser comprendidas en el concepto de cambio: en un caso hay cambio entre la cosa objeto de dominio y un equivalente pecuniario (venta) o no (permuta); en el otro se discute tan sólo el goce de la cosa, pero existe siempre cambio y, por tanto, circulación de bienes. Esta es la función social de cooperación a la que están destinadas la venta, la permuta,

---

(138) Para una mayor profundización véase BRUNORI, *Del comodato*, en *Comm. cod. civ.*; D'Amelio-Finzi, *Obbligazioni*, II, I, 1-35 y bibliografía allí citada; CARRESI, *Il comodato;* FRAGALI, *Il comodato*, en *Comm. cod. civ*, Scialoja-Branca, 146 y ss., *Obblig.* arts. 1.754-1.860).

(139) Sobre el contrato de compraventa: GRECO, *La compravendita e altri contratti;* LUZZATO, R., *La compravendita;* GORLA, *La compravendita;* RUBINO, *La compravendita.*

(140) Sobre el arrendamiento: PACIFICI-MAZZONI, *Trattato delle locazioni;* GIANNATTANASIO, *Della locazione*, en *Comm. cod. civ.*, D'Amelio-Finzi, *Obblig.* II, I, 195-361; ABELLO, *Delle locazioni.*

el suministro, el contrato estimatorio de una parte y el arrendamiento, alquiler, comodato, etc. de otra.

B) Más difícil resulta identificar jurídica y económicamente la función social de *crédito* que los romanos han calificado y configurado como *"in creditum ire"* o *"alienam fidem sequi, mox recepturi eandem rem"* (D. 12, 1, 1, 1). En esta categoría surgen varios problemas: 1) la relevancia de la realidad con referencia al negocio de crédito; 2) los elementos de este particular complejo de intereses que constituye el *"in creditum ire"*; 3) la onerosidad particular del negocio de crédito.

1) Nuestra posición es contraria a los que sostienen que la realidad no es elemento indispensable del contrato de crédito y que son posibles contratos de crédito meramente consensuales, sin transmisión, sin "datio" de una cosa [8]. Estos se inclinan a considerar el elemento de la realidad como simple forma necesaria para manifestar el consentimiento (141). Es posible, efectivamente, que las partes se pongan de acuerdo en el sentido de que la una se obligue a conceder el mutuo y la otra acepte esta promesa, como es posible que las partes realicen realmente el mutuo transmitiendo una cantidad de bienes fungibles la una y recibiéndolos y comprometiéndose a la restitución la otra. La diferencia entre el mutuo consensual y el real se deduciría del hecho de que el primero actuaría como contrato preliminar, que si no se cumpliera facultaría a la parte para pedir la aplicación del artículo 2.392 C. C., es decir, obtener un pronunciamiento judicial que produzca los efectos del contrato real (mutuo). Pero este es un formi-

(141) FORCHIELLI, *I contratti reali*, 89 y ss., 106-107; KOHLER, *Uber dar Konsensualdarlehen*, en *Archiv. f. bürg. Recht*, vol. II, 1889, 211 y ss., y *op cit.*, vol. 33, 1909, 1 y ss.; BÖHMER, *Realverträge im heut. Rechte*, en *Arch. f. bürg. Recht*, vol. 38, 314; BALBI, *Il contratto estimatorio*, 58 y ss. CARRESI, *Il mutuo*.

[8] Del concepto legal recogido en el artículo 1.445 C. c. deriva claramente si se trata de un contrato real o consensual. Sin embargo, es doctrina unánime en nuestro Derecho —y esta es, igualmente, la orientación de nuestra Jurisprudencia— que se perfecciona con el simple consentimiento, sin necesidad de que medie la "datio rei".

dable rodeo que denuncia el error de la tendencia conceptualista que no mira a la situación de intereses. En realidad aquí, el pronunciamiento judicial que reconoce concluso un "pactum de mutuo dando" no puede tener lugar de la transmisión onerosa —operación que no se ha dado y que en realidad no puede ser sustituida por una ficción— sino atribuir únicamente el resarcimiento del daño consiguiente al incumplimiento (art. 1.223 C. C.) (142).

No es verdad que la "datio" sea sólo forma necesaria para manifestar el consentimiento (en esta visión se traduce el dogma de la voluntad, por el que se sostiene que únicamente el consentimiento obliga, y que si exige una forma, ésta sirve para manifestarlo). En los contratos de crédito, (a menos que la promesa sea fuente de la obligación) se requiere haber recibido efectivamente y la entrega no es, como vuelve a repetir FORCHIELLI forma necesaria, sino que es elemento posesorio esencial del mismo núcleo de intereses al que se comienza a dar vida con la transmisión (143), para llegar a poner en obra la función de crédito, ya que sin ésta no podría siquiera pensarse en una obligación de restitución.

Los conceptualistas pierden de vista un punto fundamental: el negocio como acto de autonomía privada implica un complejo de intereses por realizar. La realización se cumple a través de una serie de elementos que podremos llamar *procedimiento* con una terminología hoy aceptada (144). Las partes, al traducir en el mundo de los hechos el núcleo de intereses convencido entre sí pueden, y en este caso deben, rea-

---

(142) En contra FORCHIELLI, *op. cit.*; SIMONETTO, *I contratti di credito*, 191, 201, 204-205, 228-233.

(143) Nuestra *Teoria gen. del negozio giuridico*, 286; SIMONETTO, *I contratti di credito*, 227.

(144) SALV. ROMANO, *Contributo esegetico allo studio della simulazione* (art. 1.414 c. c.), en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, I fcs., 36-37.

lizar una operación (145), es decir, una modificación de la situación de hecho que es parte integrante del núcleo de intereses considerado [9]. Cuando el contrato de crédito es, por ejemplo, un "mutuo", el núcleo de intereses no puede tomar vida como tal, sino en cuanto una parte confiere a la otra, con la entrega, la posesión de una determinada cantidad de bienes fungibles; de otro modo tendremos simplemente una promesa, a la que van ligadas otras consecuencias. Puesto que la obligación principal a la que el negocio debe dar vida es la de restitución, no puede concebirse restituirse algo que no se haya recibido antes. Por tanto, repetimos, la entrega, lejos de ser una forma necesaria para manifestarse el consentimiento, como se sigue afirmando, es elemento esencial del mismo núcleo de intereses que tiene función de crédito (146).

2) Si consideramos los elementos necesarios para la función de crédito, encontramos que el *aplazamiento* (147) de la restitución de aquella cantidad de bienes fungibles que se ha recibido es esencial para esa función; lo cual no habría modo de explicarlo si apenas recibida la suma debiera ser restituida inmediatamente. El contrato tiene sentido en tanto en cuanto una parte (mutuatario) se hace prestar una cantidad de bienes fungibles de quien tiene a su disposición tal cantidad, por un período de tiempo. El aplazamiento, como elemento esencial

(145) CARNELUTTI, Sistema, II, 91, 96 y ss.; nuestra *Teoria gen. neg. giur.*, 13, 136. Desconoce el carácter diferenciador entre declaración y operación. CANDIAN, *Nozioni istituzionali*, II ed., 91.

(146) Cuestión amplia y agudamente tratada en SIMONETTO, *I contratti di credito*, 187-244.

(147) SIMONETTO, *I contratti di credito*, 47-101; sobre el aplazamiento en particular, 10 y ss. y bibliografía allí citada.

[9] En nuestro ordenamiento, que sigue la tradición del Derecho romano, se acoge este mismo principio del carácter real del contrato de préstamo en el artículo 1.740 del C. c., en el que se señala que este contrato se perfecciona por la entrega actual y efectiva de la cosa. Como señala Castán, la simple convención de prestar una cosa, no seguida de la entrega de ésta, podrá ser un contrato de promesa o innominado, pero no constituye el verdadero contrato de préstamo.

Sin embargo, algún ordenamiento —como el Código suizo de las Obligaciones (artículos 305, 312)— habla del mutuo y del comodato como contratos consensuales y bilaterales.

del contrato de crédito, comenzará a contarse desde el momento de la entrega en el contrato real (mutuo) o desde el de la promesa, cuando el débito deriva de una promesa unilateral (por ejemplo, título de crédito). Pero el elemento del aplazamiento, entendido en el sentido arriba indicado, no es suficiente por sí mismo; hay que tener presente también el elemento de la sustitución del objeto (148). Pero el objeto que hay que restituir no está constituido, en un sentido idéntico, por los mismos ejemplares recibidos, sino por el "*eadem res*" desde el punto de vista del "genus". No son las mismas monedas las que debe restituir el mutuatario, ni los mismos sacos de grano, ni los mismos títulos-acciones, sino otros tantos en cantidad y de la misma calidad. De forma breve se dice que lo característico del crédito es no sólo el aplazamiento, sino también la sustitución, que caracteriza a la cosa como fungible (es decir, la cosa que en el comercio corriente está considerada de modo que los ejemplares de esa categoría, aun pudiéndose distinguir por diferencias imperceptibles, se consideran idénticos, sin tener en cuenta esas diferencias [10].

3) El cumplimiento de la obligación por parte de quien ha recibido o prometido se realiza por medio del pago que, en cuanto se incardina en el contrato de crédito, constituye un acto de transmisión esencialmente oneroso. Hay que hacer, sin embargo, una precisión: es posible, y así lo reconoce el Código, que la donación (art. 769) más que realizarse a través de una transmisión (la única solución posible admi-

---

(148) SIMONETTO, *I contratti di credito*, 47-101; entre otras cosas merece particular atención la crítica a la teoría de SCHÖNINGER, *Die Leistungeschäfte des Bürgerliches Rechts*, según el cual el mutuo, entendido como negocio de prestación, estaría constituido por sólo la sustitución. Según SIMONETTO (*op. cit.*, 91-84), los contratos de crédito resultan de la fusión de dos elementos: dos prestaciones *equivalentes* (entrega y restitución) y dos prestaciones *correlativas* (aplazamiento e intereses).

[10] Ambos elementos, el aplazamiento de la restitución —esencial a la función de crédito— y la sustitución del objeto, están recogidos en los artículos 1.740 —en relación con el mutuo—, 1.753 y 1.754 c. c.

tida por el Derecho romano clásico) pueda tener lugar mediante una promesa [11]. Por tanto una parte puede enriquecer a la otra, disponiendo en favor de ésta o asumiendo para ella una obligación. Esta formulación puede dar lugar a dudas. Por ejemplo, cuando en el código civil se habla de colación (737 y ss.), de reducción (553 ss.) de imputación *ex se* (553, 564) que debe soportar el legitimario que actúa en reducción, puede plantearse la cuestión de si en tales casos debe entenderse por donación no la prometida sino únicamente la efectivamente realizada como acto de disposición. Respecto de las normas de los casos citados, sostenemos firmemente que en ellas la donación ha de entenderse siempre en el sentido romano, es decir, como acto de disposición a título gratuito con el que el donante se ha despojado efectivamente del bien y no solamente lo ha prometido. El legitimario no puede ser obligado a recibir cuanto le fue prometido pero puede, si así lo estima, renunciar al cumplimiento de la promesa para no verse obligado a conferir o imputar el objeto de la misma.

Si resulta que la donación se ha prometido, nos encontramos frente a un negocio mutilado porque quien quiere donar no puede limitarse a prometer únicamente. En este caso, el pago asume —como se ha observado ya en el § V- una figura distinta de la restitución que se encuadra en el contrato de crédito (donde el pago tiene necesariamente carácter oneroso, siendo prestación debida en función de la contraprestación recibida). Al contrario de la restitución, el pago con el que se cumple la obligación asumida con la donación promisoria, según la norma del artículo 769, no es en realidad más que el elemento constitutivo del complejo supuesto de hecho formado por *a)* promesa de donación y *b)* cumplimiento de la promesa. Este acto complejo, que consta de dos negocios sucesivos, lo es sin duda alguna a título gratuito. El

[11] También el C. c. español se refiere, en el artículo 618, a la donación real o traslativa como supuesto de hecho genérico, y afirma que la existencia de la disposición gratuita de una cosa a favor de una determinada persona constituye uno de sus rasgos caracterizadores típicos. Sin embargo, reconoce la posibilidad de donaciones meramente obligacionales en los artículos 632 y 1.187, respectivamente.

acto de pago no debe separarse de la situación en la que está encuadrado; de otro modo incurriríamos en el error de los conceptualistas que califican de "contrato", el pago con el que se cumple una obligación natural. En efecto, algunos (como OPPO) (149) han sostenido que el cumplimiento de una obligación natural constituiría un contrato. Pero se trata de una fantasía constructiva. En realidad en esta hipótesis hay una transmisión onerosa mediante la cual quien paga no resuelve —es verdad— una obligación a cuyo cumplimiento no estaba obligado sino que satisface *un débito que tiene relevancia jurídica,* es decir, la obligación natural; transmisión cuyo equivalente está en la liberación de un vínculo que una persona de suficiente sensibilidad moral siente íntimamente cuando cumple dicha obligación. Esta es relevante, *a posteriori,* para el ordenamiento jurídico, como *titulus adquirendi* (v. a este propósito § III).

¿Cómo debe entenderse la categoría de los contratos con prestaciones correlativas en comparación con los contratos de crédito? (150). Es ciertamente equivocado concebir como prestaciones correlativas la entrega de bienes fungibles y la restitución porque el objeto de la *datio* es idéntico al de la obligación, es decir a la prestación debida. Cuando el comprador paga el precio de la cosa hay dos prestaciones correlativas que realizan una función de cambio; también en el arrendamiento en general se tiene cambio de bienes diversos. Pero cuando el mutuario restituye la misma suma que ha recibido no existe cambio ni puede hablarse de prestaciones correlativas. La transmisión onerosa exige una *transmisión correspondiente* pero no "correlativa". Además debe considerarse el elemento dilación sin el que el contrato no tendría razón de ser, porque no podría realizar su función de crédito. Es precisamente el aplazamiento quien merece un correlativo por el sacrificio consiguiente al no uso de la cantidad de bienes

(149) *Adempimento e liberalità,* 408 y ss.

(150) SIMONETTO, *I contratti di credito,* 52-53.

fungibles, al que es correlativa la ventaja del uso de quien recibe esa cantidad. Quien no tiene dinero se beneficia claramente gracias al contrato de mutuo mientras que para la otra parte el no uso durante el período convenido supone un sacrificio según una apreciación de carácter típico (porque podría suceder que en un caso concreto no haya sacrificio efectivo). BRINZ (151) observa que si no se tuviera una compensación por este sacrificio, la parte preferiría conservar su dinero. Teniendo presente, por tanto, la exigencia de una correspondencia entre ventaja y sacrificio, surge la posibilidad de una retribución por el sacrificio: ésta consiste en los intereses, calificados por los economistas, como "Zeitlohn", retribución debida por causa del tiempo, por la dilación en el pago (152). Es ciertamente una ventaja no tener que restituir inmediatamente la suma y pagar, por tanto, sólo después de cierto tiempo (de ahí el dicho *minus solvit, qui tardius solvit)*. Para caracterizar mejor la situación que viene a crearse en el período entre la entrega de la cantidad de bienes fungibles y el pago con el que se cumple la obligación de restitución nacida del contrato, debemos considerar la situación jurídica del acreedor. Alguno (153) ha querido aproximarla a la de quien arrienda una cosa, por ejemplo un fundo. Esta pretendida analogía no existe porque la función es cualitativamente diversa. Quien arrienda un fundo tiene la obligación estricta de *hacer gozar* (art. 1.571): obligación derivada de la posibilidad de hecho del contrario porque el propietario, usufructuario o poseedor de la cosa en su posición jurídica real de tal podría, en abstracto, volverla a tomar en cualquier momento haciendo valer para ello su derecho propio sobre la cosa; por eso la ley impone la obligación de hacer gozar. Por el contrario, no creemos que exista una obligación de seme-

---

(151) *Kritische Blaetter*, n. 1, p. 28 y ss.

(152) SIMONETTO, *I contratti di credito*, 53.

(153) SIMONETTO, *I contratti di credito*, 166, encuentra correspondencia entre la obligación de no entorpecer la situación ventajosa y la obligación del arrendador de permitir el disfrute (art. 1.571 c. c.).

jante naturaleza cuando se presta dinero. Contrariamente a cuanto sostiene SIMONETTO (154) nos parece que no tiene sentido en el contrato de crédito una obligación de *non petere*. El punto esencial es que la cantidad de bienes fungibles ha pasado al patrimonio de quien la ha recibido mientras que, por el contrario, el fundo permanece en el patrimonio de quien lo ha dado en arriendo. En lugar de obligación de *non petere* acaso podría hablarse de *vínculo* que *paraliza temporalmente* el poder del concedente por todo el período que dure el préstamo *(Gebundenheit)* y lo excluye de él salvo pérdida por parte del deudor del beneficio del término (art. 1.186) Este vínculo es esencialmente diverso de la obligación de facilitar el goce de la cosa.

Debemos precisar el punto referente a la *resolución por incumplimiento* (art. 1.820). No hay duda de que cuando se han pactado los intereses por el préstamo recibido, hay un sinalagma y el artículo 1.820 admite para el mutuo una interpretación analógica del artículo 1.453. Si indagamos si esta posibilidad de resolución representa, o cómo puede representar, una defensa eficaz para el mutuante para la restitución del capital, nos damos cuenta de que tiene una importancia irrisoria (155). Porque en lo que es más onerosa la obligación del mutuatario, es decir, en la restitución del capital, el incumplimiento no puede constatarse sino una vez transcurrido el período de tiempo concedido, en el que el deudor ha podido recoger todos los beneficios derivados del contrato. Incluso en el caso de que el acreedor provocara la resolución, ésta no le reportaría la misma ventaja que al vendedor, el cual puede recuperar la cosa vendida. La situación de los intereses es, por tanto, sustancialmente diversa.

Los contratos de crédito tienen, como ya hemos dicho, dos elementos esenciales: el aplazamiento y la sustitución del objeto por una cantidad correspondiente de bienes fungibles.

---

(154) *I contratti di credito*, 166.

(155) SIMONETTO, *I contratti di credito*, 193-194.

Por no darse esa sustitución no puede entrar en esta categoría el comodato que, si bien constituye un préstamo, bajo el aspecto del goce es más bien afín al arrendamiento de cosa cuyo objeto es el goce de la misma [12]; en el comodato (156), como en el depósito, no hay transmisión de propiedad; ésta sigue siendo de quien hace la entrega de la cosa. Para estos contratos no tiene aplicación el artículo 1.376 C. C. que, por lo demás, tampoco es aplicable a los contratos de crédito, ya que lo que en el se prevé es la hipótesis de aquellos contratos que tienen por objeto la transmisión de una *cosa individualmente determinada* (cfr. para los bienes fungibles, artículo 1.378). Esta clara diferenciación entre el comodato y los contratos de crédito (mutuo) no se advertiría si, siguiendo la teoría de CARRESI (157), discutiéramos, siquiera manteniendo firme el requisito de la realidad, que la transmisión de la propiedad entre a formar parte de la función económico-social de los contratos de crédito (en nuestro caso, el mutuo). Este autor sostiene, equivocadamente, que no corresponde a la realidad que en el mutuo las partes piensen en la transmisión de la propiedad. Equivocado es el presupuesto del que parte CARRESI: las partes no están obligadas a tener a la vista, cuando pactan un determinado ajuste de intereses, los efectos jurídicos que el negocio producirá; lo que a ellas interesa es el resultado práctico, que en el supuesto de hecho concreto es obtener y dar en préstamo el dinero. Será la ley la que ligue al ajuste de intereses en cuestión unos efectos jurídicos adecuados (158). Tampoco son convincentes los casos aducidos por el autor en apoyo de su propia tesis (159). Pueden existir casos en los que no sea necesario un acto material de entrega de bienes fungibles; esto no significa que falte la

(156) Entre otros, CARRESI, *Il comodato.*

(157) *Il mutuo*, 90-91.

(158) Nuestra *Teoria gen. neg. giur.*, 82 y ss.

(159) *Il mutuo.*

[12] Análogamente en Derecho español el artículo 1.741.

transmisión de la propiedad. El futuro mutuario tiene ya en sus manos, como detentador, aquella cantidad de bienes fungibles que le va a ser prestada; no se produce en este caso un paso material de tales bienes; sea como fuere, mediante la *traditio brevi manu,* quien tiene la cosa se constituye en poseedor y completa la detentación con el *animus sibi habendi* (160). El mutuo puede constituirse también mediante delegación; quien debería recibir el dinero indica una tercera persona como legitimada para recibir la misma cantidad de dinero. Es ingenuo sostener que en tales casos la propiedad no pase del delegante al delegatario-mutuario; en realidad el delegatario debe considerar la cantidad de bienes fungibles como proveniente del delegante aun cuando, materialmente, les haya recibido del tercero mutuante delegado; y es aquí donde está el paso de la propiedad: con un único acto de transmisión se producen dos transmisiones de dominio, diferentes: *mutuante (delegado) delegante; delegante-mutuario (delegatario).*

Es preciso, por último, examinar el aspecto del *aleas* que el contrato de crédito lleva consigo por su misma naturaleza y por las circunstancias en que se pacta. Aleas, típica e individual, que en el negocio de crédito pone en peligro la restitución esperada y, debilitando el poder de control por parte de quien concede el crédito, intensifica el elemento de la fiducia, es decir, la *necesidad* de confiar en la *fides* ajena: la del mutuario. Por tanto, según la entidad de riesgo que asume quien concede el crédito, bien con referencia al tipo de contrato bien con referencia a las circunstancias específicas (ej. condición económica del mutuario), tal riesgo viene compensado con un equivalente, en favor del mutuante, denominado prima del riesgo *(Risikoprämie)* (161). Aquí es preciso mantener diferenciada esta prima de la del seguro. En el

(160) SIMONETTO, *I contratti de credito,* 307 y ss.

(161) SIMONETTO, *I contrati di credito,* 42, 195; 267 y ss.

contrato de seguro (162) el equivalente de la prima que el estipulante paga consiste en la tranquilidad que logra en cuanto sabe que si el evento llega a producirse el daño consiguiente incumbiría al asegurador que ha asumido tal riesgo. En los contratos de crédito, por el contrario, el riesgo gravita necesariamente sobre quien ha transmitido la cantidad de bienes fungibles. Sólo que para mayor provecho del mismo es el interés más elevado que se puede pedir en caso de que la solvencia del mutuario sea discutible ("precio de temor", según GALLIANI) (163). Precisamente por la incertidumbre que pesa sobre el mutuario este exige intereses más elevados, salvo el límite de la usura y las sanciones de Derecho civil (artículo 1.448) [13].

Delineados los elementos esenciales de los contratos de crédito, procede examinar ahora que contratos entran en esta categoría. En nuestra opinión se pueden comprender en la función de crédito, lleven o no consigo una transmisión previa, las distintas especies de mutuo (oneroso, gratuito, realizado mediante *"traditio brevi manu"* o mediante delegación) (164); el contrato de mohatra (compraventa con concesión a mutuo del precio) (165); el pacto de dilación en el pago de una deuda en interés del deudor (166); los negocios aleatorios como la renta vitalicia (167) (que lo es en cuanto no

(162) DONATI, *Contratto di assicurazione;* DE GREGORIO-FANELLI, *Assicurazioni;* nuestra *Teoria gen. delle obligazione;* I, 41 y ss.; SALANDRA, *Delle assicurazioni,* en *Comm. cod. civ.,* Scialoja-Branca, *Obblig.* (1861-1932), 153-392.

(163) *Lezioni di economia civile,* cap. XIII.

(164) SIMONETTO, *I contratti di credito,* 297-310.

(165) SIMONETTO, *I contratti di credito,* 311 y ss. y bibliografía allí indicada subnota 2.

(166) SIMONETTO, *I contratti di credito,* 320-324.

(167) SIMONETTO, *I contratti di credito,* 332 y ss., el cual, para justificar el encuadramiento de la renta vitalicia entre los contratos de crédito ha recordado justamente la analogía con aquel tipo de mutuo en el cual la restitución

[13] En nuestro Derecho es de aplicar en esta materia la ley especial sobre préstamos usurarios de 23 de julio de 1908.

puede establecerse la duración de los pagos relativos a la renta, por estar condicionada a la duración de la vida de una persona, sobre la que los cálculos de probabilidades no pueden dar indicaciones seguras); los negocios con aplazamiento perpetuo de la restitución, renta perpetua (168); el depósito irregular (169), la prenda irregular (170) e, indirectamente, la cuenta corriente (171).

Prosiguiendo con la clasificación de las varias funciones sociales de cooperación, que caracterizan las fuentes de obligación, además de las funciones de circulación de bienes y crédito, podemos distinguir:

C) Una función de garantía (eventualmente satisfactoria) mediante la cual se asegura al acreedor el exacto cumplimiento de la obligación o, en cualquier caso, se le hace más proba-

---

no se produce de una sola vez en el momento del vencimiento, sino por medio de cuotas de amortización que se pagan con los intereses. Al ser desconocida la duración de la vida y, por consiguiente, de la relación variarán en función de esa duración las partes alícuotas de la restitución fraccionada (en la que vierte el carácter aleatorio de este contrato), pero no variará el interés o precio del aplazamiento. Mientras que la resolución por incumplimiento actual inadmisible (1878) es admisible, por el contrario, por falta de la prestación o por disminución de la garantía (1877) y aquí es sumamente parecida a lo que se califica como caducidad del término (1186). Se explica que con la resolución conserve el beneficiario las cuotas ya percibidas de modo semejante a como se conservan las primas en el contrato de seguro (1909, 1924, 1926 C. C.). Sobre la renta vitalicia: ANDREOLI, M., *La rendita vitalizia;* TORRENTE, *Della rendita vitalizia,* en *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca, *Obblig.*, 1861-1932), 68-152.

(168) SIMONETTO, *I contratti di credito,* 325 y ss. En la renta perpetua es irrepetible el bien, pero no el capital como valor; en el caso de rescate voluntario o forzoso, la renta revela la naturaleza de equivalente del aplazamiento, inherente a un crédito de restitución (1865, 1867). TORRENTE, *Della rendita perpetua,* en *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca, *Obblig.* (1861-1932), 1-67.

(169) SIMONETTO, *I contratti di credito,* 334-366; DE SIMONE, *I negozi irregolari,* 28 y ss.

(170) SIMONETTO, *I contratti di credito,* 403-417; DE SIMONE, *I negozi irregolari,* 37 y ss.

(171) SIMONETTO, *I contratti di credito,* 420 y ss.; FIORENTINO, *Il conto corrente;* CARNELUTTI, *Note sulla funzione del conto corrente,* en *Studi dir. comm.* 1917, 265.

ble que el crédito vaya a ser satisfecho. En ella están comprendidos los negocios de fianza, anticresis, prenda y cesión de bienes a los acreedores (donde prevalece, sin embargo, el aspecto satisfactorio) (172). En este aspecto se incluyen, en cierto sentido la garantía del hecho de un tercero (art. 1.381), el reconocimiento de deuda y la promesa de pago, porque aproximan la probabilidad de que sobrevenga el acontecimiento del cumplimiento.

D) Una función de cooperación consistente en la prestación de un *opus*, resultado útil de una actividad desarrollada por el deudor, no bajo control del acreedor, sino de forma autónoma, lo que le diferencia, precisamente, de la relación de trabajo. Así en el contrato de concesión (173) de transporte (174) de obra (art. 2.222) (175).

E) Una función de cooperación o intermediación *gestora* consistente en asumir, proponer o concluir negocios por parte de un tercero, librando a éste de la carga de tenerse que ocupar personalmente de ellos: en el mandato, en la comisión, en el contrato de agencia (176) y también en la gestión de negocios ajenos (tal aspecto, en efecto, no debe limitarse única-

---

(172) Sobre la fianza: Bo, *Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria*, 1934; Bo, *Fideiussione*. Sobre la anticresis: TEDESCHI, *L'anticresi;* SALVI, *Anticresi e locazione*, en *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1947, 510. Sobre la prenda: CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, 1918; GORLA, *Le garanzie reali dell'obbligazione*, 1935; RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, 1952. Sobre la cesión de bienes a los acreedores: CARRESI, *Della cessione dei beni ai creditori*, en *Comm. cod. civ.*, D'Amelio-Finzi, *Obblig.*, II, 2, 480 y ss., nuestro estudio *Natura giuridica della cessione volontaria dei beni ai creditori*, en *Riv. dir. comm.*, 1935, II, 310 y ss.; SALVI, *La cessione dei beni ai creditori;* CARRARO, *Il mandato ad alienare*, 1947.

(173) RUBINO, *L'appalto*, 1951; LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, 1908; RIEZLER, *Der Verkvertrag;* LORIZIO, *Il contratto di appalto*, 1939.

(174) ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone;* IDEM, *Del trasporto*, en *Comm. cod. civ.*, D'Amelio-Finzi, II, I, 415 y ss.

(175) RUBINO, *L'appalto*, 10-14.

(176) MINERVINI, *Il mandato-La commissione-La spedizione*, 1954 rist.; CARRARO, *Il mandato ad alienare.*

mente a los contratos) (177), en la mediación (178) y en cierto sentido, en el depósito (179). Otras funciones sociales de cooperación son:

F) La cooperación *personal* de *trabajo*, en la que erróneamente, por la concepción materiaista de capitalismo burgués, se quiere ver un "cambio" entre la actividad de quien presta su trabajo y la retribución dada por el patrono, como si el trabajo fuese una mercancía y no una aportación espiritual de la persona. Esta cooperación se encuentra en todos los contratos de trabajo (180). En este punto se debe recordar que las varias funciones de cooperación se diferencian en base a lo que constituye las características predominantes de cada una de ellas; sin embargo, esto no excluye que haya relaciones obligatorias en las que la función económico-social típica resulte del concurso y de la fusión de diversas funciones: por ejemplo, trabajo y gestión, trabajo y asociación (cogestión de la empresa) (181).

G) Cooperación asociativa que está basada sobre una puesta en común de fuerzas, bienes y aportación personal para la obtención de un fin de interés común. Así en las varias especies de sociedad (182). Se diferencia la cooperación asociativa de la sinalagmática o conmutativa en que, mien-

---

(177) PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui secondo el dir. romano civile e commerciale.* Cfr. ahora NUTI, *L'obbligazione del rendiconto*, 1954.

(178) CARRARO, *La mediazione;* VARELLI, *La mediazione;* AZZOLINA, *La mediazione;* STOLFI, *Della mediazione*, en *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca, *Obblig.* (1754-1860), 54-135.

(179) BALBI, *Obbligazione di custodia;* FIORENTINO, *Del deposito*, en *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca, *Obblig.* (1754-1860), 54-135.

(180) GRECO, *Il contratto di lavoro;* SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro;* RIVA-SANSEVERINO, *Diritto del lavoro;* BARASSI, *Il diritto del lavoro;* DELITALA, *Il contratto di lavoro.*

(181) SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, 64-65.

(182) DE GREGORIO, *Imprenditori e società semplice;* BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società;* BOLAFFI, *La società semplice;* GRAZIANI, *La società per azioni;* MOSSA, *Società commerciali personali;* FERRARA, *Imprenditori e società.*

tras en esta última la ventaja del uno lo es a cargo del otro contratante, que está obligado a proporcionar dicha ventaja, en la primera riesgos y ventajas del uno son también riesgos y ventajas de los otros asociados (183).

Además de estas funciones inmanentes al ajuste de intereses contemplado con un *negocio* jurídico, sea contractual o unilateral, el derecho tutela con relaciones de obligación otras exigencias, entre las cuales está la de restablecer un equilibrio patrimonial que ha sido alterado. En este aspecto debe incluirse, según nuestra opinión, el enriquecimiento injusto (184), como fuente de obligación (ar. 2.041) y no, en cambio, el pago de lo indebido (185) que por su naturaleza es una transmisión onerosa y entra a formar parte de los negocios de crédito por una conversión, que opera la ley, del intento constitutivo de un vínculo, apoyándose sobre su carácter oneroso (no gratuito).

Finalmente, una función de cooperación, que llamaríamos negativa, consistente en la exigencia de reparar un daño injusto (art. 2.043) causado por un miembro de la comunidad a otro, se encuentra en las obligaciones por hechos o actos ilícitos en los que la razón que justifica el nacimiento de la obligación puede ser de naturaleza varia. Es oportuno recordar en estos momentos la delimitación clara entre la zona del daño resarcible y la del riesgo, el cual no puede ser reparado ni resarcido. Puede tratarse de un riesgo previsible, cuyo acontecer debe prevenirse en interés ajeno, en cuanto incumbe al miembro de la comunidad una obligación frente a los demás (zona del daño injusto y resarcible). Puede tratarse, por el contrario, de un riesgo, la previsión de cuya sobreveniencia constituye un interés nuestro; y queda a nuestro cargo un onus, pero no una obligación de prevención (zona del riesgo, causa de un daño propio no resarcible). A

(183) Nos remitimos al § V.

(184) Nos remitimos al § VIII.

(185) Nos remitimos al § VII.

veces, sin embargo, estas diversas situaciones se confunden en el lenguaje ordinario, cuando tratando del riesgo se alude a los riesgos de que se responde frente a los restantes miembros de la comunidad. Se ha adoptado recientemente, precisamente por esta significación del riesgo, la fórmula del llamado *riesgo profesional,* con la que se hace referencia a la responsabilidad inherente al ejercicio de una profesión y, en general, al desarrollo de una actividad peligrosa por los daños que de ella puedan derivarse para otros. En estas situaciones no se debe hablar de presunción de culpa; se trata más bien de atribución de culpa, de *imputación* del daño a quien lo ha causado o aparece, normalmente, como su autor en razón del poder de control que tiene sobre la causa del mismo daño. El organizador a quien corresponde el poder de control sobre el recto funcionamiento de la empresa es imputable de los daños causados a otros miembros de la comunidad en el ejercicio de la empresa misma (186).

II.—Agotado el examen de las diversas funciones de cooperación, después de haberlas considerado en sí mismas, pasemos a la distinción de estas mismas funciones según el criterio del *hecho social a que van ligadas.* Algunas de tales funciones sociales de cooperación van unidas a negocios contractuales y no contractuales, sean estos promesas unilaterales (promesa al público, reconocimiento, título de crédito, etc.) o sean actos onerosos, como la gestión de negocios ajenos, el pago de lo indebido, etc.

Otras funciones pueden vincularse a relaciones jurídicas cualificantes o legitimantes. Consideremos, por ejemplo, la relación alimenticia legal, que la ley une a ciertas relaciones familiares (art. 433). Surge el problema de encuadrar en la sistemática del derecho de las obligaciones, esta obligación que comúnmente se llama *legal.* Adelantemos que esta expresión, considerada en sí misma, carece de significación precisa;

---

(186) Nuestra *Teoria gen. delle obblig.,* I, 145 y siguientes; UGO BETTI, *Considera. s. forza maggiore,* 34 y siguientes.

se trata de una palabra incolora y equívoca. Hay que recordar, en efecto, que es siempre la ley la que vincula la obligación a una situación de la vida social [14]. Unicamente es clara la diferencia entre obligación que tiene su fuente en un negocio jurídico o en un acto ilícito y obligación que nace sin que haya el menor rastro de un comportamiento lícito o ilícito del miembro de la comunidad sobre el que pesa. En tal caso, como presupuesto de la obligación, hay un estado de hecho o una relación jurídica cualificante (legitimante) por ejemplo una relación familiar, descendencia, filiación o afinidad. Esta relación es la razón de que nazca la obligación alimenticia siempre que se den los requisitos, es decir, el estado de necesidad, por los que el familiar no puede, con sólo sus recursos patrimoniales, proveer al sustento propio. A este respecto se cuestiona cuál es es el interés protegido con la obligación alimenticia. CICU (187) ha puesto muy bien de relieve la diferencia entre obligación derivada de la relación de familia y la asumida a través de un negocio jurídico. En cierto sentido la obligación alimenticia legal es un aspecto de la misma relación familiar porque esta lleva, como emanación necesaria, el cuidado de la persona; si el pariente está obligado al cuidado de la persona de otro familiar, en esa obligación entra también la de los alimentos, siempre que concurran las condiciones adecuadas. El Derecho romano, aun conociendo la deuda alimenticia entre familiares, no la encuadra entre las obligaciones, sea porque no tiene como fuente un acto de parte, sea porque no existe una verdadera separación entre la relación legitimante o cualificante (el *status familiae)* y la relación obligatoria que tiene por contenido los alimentos. Pero puede advertirse, también hoy, una estrecha conexión entre obliga-

(187) CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti,* en «Riv. dir. civ.», 1910, 145-194; *Diritto di famiglia,* 1915, 193, n. 25; BO, *Il diritto degli alimenti,* 1952, 61-80; CICU, *Filiazione,* 1951, 282 y siguientes; TEDESCHI, *Gli alimenti,* 352 y siguientes, nuestra *Efficacia delle sentenze, determinative in tema di legati d'alimenti,* 1921, 139 y siguientes.

[14] En términos análogos, se expresan los artículos 142 y ss. del C. c.

ción y *status* familiar, cuando por el fallecimiento de un cónyuge, a causa del hecho culposo o doloso de un tercero, que cause un daño injusto, surge el derecho del cónyuge superstite al resarcimiento del daño sufrido. Y es precisamente en la valoración del daño donde la faceta del derecho a los alimentos, que el superstite tenía respecto del causante, viene a tenerse en cuenta como criterio de determinación de la cuantía del daño. El interés justificativo, por consiguiente, es el familiar, que debe distinguirse, según afirma CICU (188) del interés público, entendido como interés de la sociedad entera de la que el Estado es tutor; en todo caso siempre es un interés que trasciende al interés individual.

Una situación análoga se tiene en las obligaciones ligadas por la ley a los cargos de Derecho privado, como son la tutela y la curatela. Los tutores y curadores asumen la obligación de gestión, que está unida a la posición y condición de que son investidos, que se califica como *cargo de Derecho privado* (189) porque constituye un complejo de tareas conferido al particular en interés de otro particular, sujeto a tutela o curatela; se manifiesta aquí el interés familiar del cuidado de la persona o del patrimonio.

También entran en esta categoría de funciones sociales de cooperación ligadas a una relación jurídica cualificante o legítimante, las *obligaciones propter rem* (190) cuyo rasgo característico consiste en que la condición de deudor se halla unida a una posición de derecho real. Muchísimos son los casos de obligaciones de esta especie en el ordenamiento vigente. Véanse entre otros, los artículos 835 y 837 del Código civil en materia de requisa de bienes muebles e inmuebles y

---

(188) *Il diritto di famiglia*, 114 y siguientes y en «Riv. Jus.», 1940, 373.

(189) Nuestra *Teoría gen. neg. giur.*, 585 ss. y bibliografía allí indicada.

(190) BALBI, *Obbligazioni propter rem*, 66 y siguientes; GROSSO-DEYANA, *Le servitú prediali*, 37, 51 y siguientes, 55, 208, 238; BARASSI, *I diritti reali limitati*, 123 y siguientes; FUNAIOLI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, en «Giustizia civile», 1953, 173; BIONDI, *Obbligazioni propter rem ed oneri reali*, en «Foro padano», nuestra *Teor. gen. d. obblig.*, I, 21 y siguientes.

de aportaciones de los productos en las confusiones, con referencia, en ambas hipótesis, a las leyes especiales. El artículo 843 según el cual el propietario debe permitir el acceso y el paso por el fundo propio, cuando se den determinadas circunstancias [15]. El artículo 882 para las reparaciones y reconstrucciones necesarias del muro común que pone éstas a cargo de todos aquellos que tienen derecho sobre él y en proporción a ese derecho, salvo que la causa de los gastos se deba al hecho de uno de ellos [16]. Y, en materia de cosas encontradas, según el artículo 929 el propietario o quien la encontró, al recuperar la cosa o al recibir el precio de ella, están obligados al pago de los gastos [17], mientras que según el artículo 930 el propietario debe pagar una recompensa al que lo encontró si es que éste lo pide [18]. Sin embargo, en este último caso, como en otros que veremos, con la característica de la obligación *propter rem* se da también el aspecto del servicio prestado por quien encontró la cosa. De igual modo, en la hipótesis en que el propietario prefiera retener las plantaciones, construcciones u obras realizadas en su fundo por un tercero con materiales propios, debe pagar el valor de los materiales y el precio de la mano de obra o bien el aumento de valor aportado al fundo (936, 2.º). Y según la regla del artículo 1.069, 1.º, el propietario del fundo dominante debe hacer a sus expensas las obras necesarias para la conservación de la servidumbre, a no ser que se haya establecido otra cosa o que tales obras beneficien al fundo sirviente (último párrafo) [19]. Entre las otras hipótesis previstas por el Código deben recordarse los artículos 1.104 y 1.115: el primero establece que cada uno de los participantes en una mancomunidad de bienes debe contribuir a los gastos necesa-

[15] Análogamente, en lo sustancial, la servidumbre de paso que nuestro C. c. regula en los artículos 564 y ss.

[16] Cfr. 575 del C. c.

[17] Cfr. 615 del C. c.

[18] Véase en análogo sentido el artículo 616 C. c.

[19] Esta disposición es recogida por el legislador español en el artículo 543 del C. c., si bien la formulación dada a este precepto difiera de la de su correlativo italiano al establecerlo no como una obligación sino como un derecho, de naturaleza dispositiva, del dueño del fundo dominante.

rios para la conservación y disfrute de la cosa común y participar en los gastos decididos por la mayoría; el segundo disciplina las obligaciones solidarias de los participantes y el modo de extinguirlas. En todos estos casos, la obligación surge en la persona del deudor, precisamente en cuanto titular de un derecho real [20].

Es preciso, no obstante, ponerse en guardia contra el equívoco de quien quisiera extender la noción de obligación *ex lege* a todas las obligaciones accesorias, características de los tipos individuales de contratos, o considerar obligación *ex lege* el deber de cumplimiento enunciado en el artículo 1.374 del Código civil (191). Según el citado artículo, el contrato obliga a las partes en todas las consecuencias que de él se deriven según la ley o, a falta de ésta, según los usos y la equidad. Esta sería para MESSINEO una obligación *ex lege*. Visión absurda que va unida, en definitiva, al aireado dogma de la voluntad en cuanto tiende a descubrir en la pura letra del contrato la fuente de la obligación contractual; en realidad la necesidad del cumplimiento no está unida a la letra del contrato sino a la relación contractual en su totalidad y al contrato interpretado según la buena fe y es parte integrante de la misma obligación que se deriva del contrato y tiene por origen no ya la ley sino el contrato mismo como negocio jurídico, que ha de interpretarse siguiendo el criterio de la buena fe (sec. I, § 4). Lo mismo puede decirse para las obligaciones accesorias de los contratos, como por ejemplo la obligación de custodia en el contrato de compraventa. Aunque esta obligación no se halle expresamente mencionada, una interpretación según la buena fe induce a incluir entre las obligaciones del vendedor la custodia antes de realizar la entrega. Habíamos hablado ya de esto a propósito de la buena fe, entendida como

(191) MESSINEO, *Man. dir. civ. e comm.*, 7.ª ed., III, 168 y 280.

[20] El artículo 395 del C. c. español establece la obligación de contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común como de una obligación "propter rem". Este precepto, menos desenvuelto que su correspondiente italiano, pero sustancialmente idéntico a éste, se completa con el artículo 398 del C. c.

deber de cooperación que opera en interés ajeno, a fin de que no queden frustradas las expectativas del acreedor (192). Es preciso no caer en el exceso de abstracción y atomización de los partidarios de la corriente que acabamos de exponer.

No podemos participar tampoco, de la distinción que algunos hacen (BALBI) (193) entre sujeto obligado y posición jurídica a la que va unida la obligación; por ejemplo la relación de derecho real a la que es inherente la obligación. En virtud de tal distinción, aquéllos sostienen que el cambio de sujeto da lugar a una sucesión en la relación de obligación. Este modo de ver las cosas es equivocado porque no se debe olvidar que la obligación va unida, precisamente, a la posición jurídica de derecho real siempre que no sea fruto de una asunción convencional (las partes, por ejemplo pactan asumir una obligación fuera de las que se derivan de la relación de derecho real). La obligación *propter rem* se diferencia de las otras, precisamente, por esta ligazon a la posición jurídica del sujeto titular de un derecho real; si cambia el sujeto, la sucesión pasa a otro sujeto, no por sucesión sino porque éste viene a encontrarse en aquella posición jurídica, a la que la ley refiere la obligación (D. 9, 4, 42, 2). En este sentido entendían los juristas romanos la *obligatio propter rem;* cuando el esclavo culpable había sido vendido, el adquirente respondía de éste no como sucesor del vendedor, bajo cuya potestas señorial había tenido lugar el delito, sino porque venía a encontrarse en aquella posición jurídica a la que la obligación estaba referida.

Pasada revista a las varias funciones de cooperación que van unidas a negocios jurídicos, contractuales y no contractuales, a comportamientos ilícitos, a relaciones jurídicas cualificantes o legitimantes, queda por recordar, finalmente, que, a veces, va unida una exigencia de cooperación a *estados de hecho* que ponen en *contacto* dos *esferas de intereses,* cuando

(192) Nuestra *Teoría gen. delle obblig.*, I, 65-106.

(193) BALBI, *Le obbligazioni propter rem*, 66 y siguientes; 153 y siguientes.

se trata de promover y asegurar la pacífica convivencia entre los interesados. Así en la situación de vecindad (194) la exigencia de una pacífica convivencia entre los propietarios de fundos contiguos, intensifica la solidaridad social entre los miembros de la comunidad e impone obligaciones recíprocas de tolerancia y respeto, bien en el sentido de limitar el ejercicio del derecho de propiedad, bien en el de prestar una eficaz cooperación para una mejor utilización de los bienes respectivos (195). Hay una serie de normas que regulan tales situaciones: entre estas, el artículo 844, inspirado en el principio de tolerar en el "límite del uso normal" establece que "el propietario de un fundo no puede impedir la introducción de humo o de calor, las exhalaciones, los ruidos, las vibraciones y otras propagaciones semejantes provenientes del fundo vecino, si no sobrepasan la tolerancia normal, habida cuenta de las circunstancias de los lugares"; el artículo 843 sobre la obligación del propietario de permitir el acceso o paso por el fundo propio para reparaciones o construcciones del muro o de otra obra propia del vecino o común. Además las normas que obligan a respetar determinadas distancias en las construcciones, plantaciones, excavaciones, muros, fosos y setos interpuestos entre los fundos (art. 873 y ss.), los referentes a luces y vistas (arts. 900-907) ,desagües (art. 908), aguas (en particular arts. 913, 915-917).

---

(194) U. BRASIELLO, *La proprietà nella sua estensione*, 1954, n. 21; 57 y siguientes; T. BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni del nuovo sistema* legislativo italiano, 182 y siguientes, donde el autor, después de exponer las distintas teorías sobre las relaciones de vecindad (Jhering, Bonfante, Werenberg, Giorgi) explica cómo debe entenderse el criterio del ejercicio normal del derecho aplicado a ambos propietarios. Debemos formular «la figura típica del dominus con sus exigencias pero también con su buena dosis de tolerancia como impone la coexistencia social, no dominado por el espíritu de prepotencia y de despreocupación por las exigencias ajenas, que equivale a la intolerancia», p. 190); T. BRASIELLO, *Rapporti di vicinato ed azioni per danni*, en «Resp. civ. e previd.», 1934; BRASIELLO, *Raporti di vicinanza ed immissioni*, en «Giur. comp. cass. civ.», 1948, XXVII, III, 600.

(195) BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, 619 y siguientes; en contra CICU-BASSANELLI, *Corso di dir. agrario*, 120-121.

Para concluir esta reseña de funciones sociales de cooperación según el hecho social al que van unidas, recordemos que a veces la exigencia de cooperación se basa en hechos determinantes de un desequilibrio patrimonial entre las dos esferas de intereses. En este sentido ha de entenderse el enriquecimiento injusto (196) en el que junto a un válido *modus adquirendi,* que legitima la adquisición obtenida (el Erhalten), viene a carecer de justificación, de legitimidad *(titulus retinendi)* la conservación (el Behalten) del aumento patrimonial a expensas ajenas y en detrimento de otro. De la exigencia de equidad distributiva surge la obligación, para quien se ha enriquecido, de indemnizar al otro, dentro de los límites del enriquecimiento conseguido, de la disminución patrimonial correlativamente sufrida (art. 2.041) [21].

Otras veces la exigencia social de cooperación se refiere, exigencia de reparación del daño, a hechos lesivos (incluso fuera de los *actos* propiamente ilícitos) de los que se responde en razón del poder de control que se tiene sobre la causa del suceso que ha resultado dañoso para otro. Y aunque falte, en concreto, un comportamiento lesivo imputable a uno de los miembros de la comunidad, a éste se refiere el hecho lesivo en virtud de la particular posición jurídica en que se encuentra y a veces también en atención a la exigencia de equidad distributiva *cuius commoda, eius et incommoda esse debent.* (Arts. 2.046, 2.047, 2.049, 2.050, 1.228, 1.784, 2.º, 2.362, 2.497, 2.320) (197).

Mientras en los actos de autonomía privada la razón de la eficacia obligatoria va unida a la función inmanente de cooperación que caracteriza al tipo, en estas otras situaciones de hecho la eficacia obligatoria encuentra su razón suficiente en las *exigencias* de pacífica convivencia, de equidad distributiva

(196) Véase § VIII.

(197) Nuestra *Teoria gen. delle obblig.*, I, 1933-151.

[21] Análogamente, en nuestro Derecho los artículos 1.895 a 1.901.

o de reparación del daño que la conciencia social moderna advierte en medida cada día mayor. En conclusión, el Derecho de las obligaciones no es —como creyeron los pandectistas y civilistas del siglo XIX y creen algunos, todavía hoy, por desgracia, bajo el persistente influjo del individualismo liberal— el reino de la *voluntad;* al contrario es el reino de la *socialidad;* un reino en el que el orden jurídico, cuanto más desarrollado se encuentre, tanto más protege la solidaridad humana.

§ VII

RAZON DE LA EFICACIA OBLIGATORIA DE ACTOS NO CONTRACTUALES, COMPRENDIDOS EN EL ESQUEMA DEL «CUASI-CONTRATO»

Naturaleza de negocio jurídico de la gestión de negocios ajenos (sentido de la remisión al mandato: art. 2.030 C.C.); distinción entre relaciones externas e internas. Idem del pago de lo indebido: carácter de transmisión onerosa en antítesis con la gratuita; prestación en función de un equivalente; acción traslativa y suceso satisfactorio (causa de la transmisión y título de adquisición); conversión interpretativa (Umdeutung) legal de la intención típica. La nueva categoría de fuentes de obligación; situaciones de hecho asimilables a hipótesis contractuales, de las que difieren por falta de presupuestos o por reducción de elementos constitutivos y, sin embargo, creadoras de relaciones contractuales.

1) *La categoría del "quasi-contrato".*—A lo largo del § II hemos intentado arrojar luz sobre el sentido que la noción de cuasi-contrato asume en la compilación justinianea en la que, más tarde, se afirmó una lenta heterogénesis de significados de la palabra *contractus*. Sin embargo, la ciencia jurídica posterior y, de modo especial, la pandectística alemana y la doctrina francesa e italiana, en el sector del Código de Napoleón y del Código civil italiano del 65, sometieron la noción que los justinianeos habían dado de la *obligatio quasi ex contractu* a una crítica radical. No es éste el lugar adecuado para desarrollar una completa exposición de toda la doctrina sucesiva pero nos parece oportuno detenernos, siquiera sea brevemente, en

la obra de VIZIOZ (198) y en el tratamiento que de estas cuestiones hace PLANIOL (199) que representan, en esta materia, las opiniones de la ciencia jurídica francesa.

VIZIOZ (200) distingue, en el aspecto de su fuente genética, dos categorías fundamentales de obligaciones, *a)* las obligaciones nacidas de negocio jurídico, contractual y unilateral y, contrapuestas a éstas, *b)* las obligaciones nacidas de hecho ilícito, diferenciadas, a su vez, en obligaciones derivadas de culpa y obligaciones derivadas de un hecho voluntario ilícito. A estas dos categorías contrapone diversas categorías de obligaciones legales que constituirían una especie de escala intermedia entre dos términos totalmente opuestos —contrato y delito— según los criterios siguientes: *c)* obligaciones nacidas de un comportamiento *(volonté)* y de la ley; son éstos los casos de la obligación propia del adquirente de un inmueble hipotecado que haya ofrecido levantar la hipoteca o del heredero que aceptó la herencia por lo que se refiere a las deudas hereditarias y los legados y también el propietario que intente conservar las obras realizadas en su fundo por un tercero con materiales propios; *d)* obligaciones nacidas de la ley con ocasión de un acto ilícito, como en la gestión de negocios ajenos; *e)* obligaciones encaminadas a "sancionar un estado de hecho" (201) en las que la ley prescinde de la conducta de los particulares para disciplinar ciertas situaciones y las configura como relaciones personales, prescindiendo de la voluntad de los interesados: así en materia de parentesco, vecindad, comunidad pro indiviso, tutela, etc.; *f)* la obligación legal derivada del enriquecimiento sin causa, en la que se aprecia una especie de "responsabilidad objetiva impuesta por la equidad" (202) y, finalmente, *g)* obligaciones legales provenientes

(198) V. H. VIZIOZ, *La notion du quasi-contrat*, Bordeaux, 1912.

(199) V. M. PLANIOL, *Traité*, 1925, II, n. 807 y siguientes; *Revue critique*, 1904, p. 224 y siguientes.

(200) V. VIZIOZ, *op. cit.*, 341-353.

(201) Cfr. VIZIOZ, *op. cit.*, 346.

(202) Cfr. VIZIOZ, *op. cit.*, 347.

de todas aquellas situaciones en las que la ley determina un riesgo para un determinado miembro de la comunidad.

A semejante clasificación hay que hacer notar, en verdad, que no delimita correctamente el fenómeno jurídico en cuestión. La división, que hemos expuesto, en categorías de obligaciones llamadas *ex lege* no puede aceptarse por una multitud de razones que pueden resumirse de la siguiente manera:

1.º Las obligaciones nacidas de la gestión de negocios no tienen su fuente en la ley con ocasión de un hecho lícito sino en un negocio jurídico pues tal es, como se verá, la naturaleza de la gestión de negocios ajenos.

2.º En cuanto al enriquecimiento sin causa, la fuente de la obligación debe encontrarse no en una especie de "responsabilidad objetiva impuesta por la equidad" sino sobre la base de una valoración legal de hechos que han determinado un desequilibrio patrimonial entre la esfera de intereses de dos miembros de la comunidad.

3.º Por lo que se refiere a los casos de carga de un riesgo, la obligación tiene su fuente en el poder de control que determinados sujetos tienen sobre la actividad ajena que ha sido, en concreto, causa de una daño injusto.

En el caso *c)*, además, resulta claro que VIZIOZ confunde el hecho genético de la relación legitimante con las obligaciones que se derivan de la relación misma. Una cosa es, en efecto, adir una herencia o adquirir un inmueble hipotecado y otra distinta, las obligaciones que, como consecuencia de este hecho adquisitivo, se producen para la parte y que la ley considera y reconoce, no con el comportamiento *(volonté)*, que VIZIOZ pone como uno de los dos términos esenciales de la categoría en cuestión, sino con la relación legitimante de heredero, de adquirente de inmueble o de propietario del fundo. No debe hablarse, en fin, de sanción de un estado de hecho en las hipótesis agrupadas en *e)* sino, más bien, de una relación cualificante —como el parentesco, la comunidad pro in-

diviso, la tutela— o de una situación de hecho, como la vecindad, a la que la ley liga, precisamente, el nacimiento de una obligación.

Diferente es, en cambio, al delimitar el concepto de cuasi-contrato, la visión crítica de PLANIOL, el cual niega un valor autónomo a tal categoría pero por razones que no pueden aceptarse. Sostiene PLANIOL que, al no poderse asimilar el cuasi-contrato al contrato, dado que no se trata de un hecho voluntario ni de un hecho lícito, habría de ser comprendido en la categoría de los actos ilícitos. Estima poder llegar a semejante conclusión en base a los argumentos siguientes: debiéndose tener presente, al investigar la fuente de una obligación, la esfera jurídica de aquél en cuya persona surge la obligación, es decir, del deudor, en los casos en cuestión no es posible llevar al ámbito de esa esfera jurídica un hecho voluntario o un hecho lícito que sea razón de ella; así, por ejemplo, en la gestión de negocios ajenos y en el pago de lo indebido no sería el deudor quien realiza un acto dirigido a asumir una obligación; sino que, por el contrario, es la otra parte la que actúa gestionando el negocio o pagando lo que, a continuación, se descubre que no se debía. De esto se sigue, siempre en la esfera jurídica del deudor, que no puede encontrarse otra fuente de obligación que el enriquecimiento injusto que obtendría el deudor si no hubiese de compensar al gestor o restituir lo indebido a quien lo pagó. En segundo lugar sostiene PLANIOL, la categoría de los llamados cuasi-contratos no podría incluirse en la de los actos ilícitos puesto que el enriquecimiento sin causa, bajo el que podría comprenderse toda figura de cuasi-contrato, sería un acto ilícito por definición. En efecto —dice— si se consintiera a quien se ha beneficiado a expensas de otro retener aquello con lo que se enriqueció se produciría una situación de hecho (enriquecimiento injusto) que, al ir contra el derecho, constituiría un ilícito.

En esta tesis se anida, en realidad, un doble sofisma: ante todo se amplía en ella, de forma indebida, la noción de enri-

quecimiento sin causa, englobando en ella situaciones que no presentan, con ésta, analogía alguna; así, por ejemplo, en la gestión de negocios, la obligación de remunerar al gestor no tiene su origen en el desequilibrio patrimonial que haya podido producirse entre las esferas de intereses de las dos partes en lo que, como ya se verá, consiste propiamente el concepto de enriquecimiento injusto, sino surge en base a la consideración de que el gestor ha tenido un comportamiento idóneo en sí mismo para realizar un determinado ajuste de intereses según una función económico-social de solidaridad humana que el derecho (en Europa continental) reconoce ser merecedor de tutela en base a un negocio jurídico. Análogas consideraciones valen por lo que al pago de lo indebido se refiere [22].

El otro sofisma en que incurre PLANIOL consiste en estimar ilícita toda situación de hecho contraria al derecho, de cuya afirmación cabría deducir, consecuentemente, que sería ilícito también cualquier contrato anulable o rescindible o resoluble sólo porque se daría lugar a otras tantas situaciones no ajustadas a derecho; lo cual, como cualquiera puede ver, es absurdo. Una cosa es un estado de cosas contrario a derecho y otra una situación de hecho que revista carácter de ilícito, consistente precisamente en la lesión injusta de un interés ajeno, originada por un comportamiento doloso o culposo imputable a otro miembro de la comunidad.

La crítica hecha a PLANIOL no debe inducir a pensar, sin embargo, que nosotros aceptamos la categoría del cuasi-contrato. Al contrario, la consideramos, tanto desde el punto de vista histórico como desde el dogmático, una categoría en decadencia cuya existencia, a nuestro juicio, no está justificada ni siquiera en el Código anterior que hacía entrar en ella, únicamente, las dos figuras de gestión de negocios y pago de lo indebido, cuya naturaleza, como ahora se verá, es en realidad la de un negocio jurídico. Sepamos, por otra parte, que la antigua doctrina buscaba incluir en el cuasi-contrato otros actos jurídicos no contractuales que tienen eficacia

[22] Véanse, en sentido análogo, los artículos 1.887 y 1.888.

obligatoria. Más bien debe discutirse aquí otra categoría dogmática todavía en fase de nacimiento y desarrollo: la de las "relaciones contractuales de hecho". Con esta calificación la civilística moderna denomina situaciones de hecho asimilables a supuestos contractuales de los que difieren, no obstante, por insuficiencia de presupuestos de validez o por disminución de elementos constitutivos (203). Volveremos más adelante (n. 4) sobre esta categoría dogmática; por el momento lo que interesa es aclarar las razones que inducen a considerar la gestión de negocios y el pago de lo indebido como negocios jurídicos; y en consideración también a que, al tratar de la calificación de las relaciones contractuales de hecho, algunos autores han sometido a discusión estas dos figuras; la exposición que sigue interesará, consiguientemente, también bajo este otro aspecto.

2) *Gestión de negocios ajenos.*—Es muy conveniente aclarar, ya desde el primer momento, que aquellos que niegan la calificación de negocio a la gestión de negocios y al pago de lo indebido más que mirar a la función económico-social típica a la que estos actos responden y a la tutela que la ley les dispensa, precisamente en consideración a esa su función social, están dominados por el prejuicio voluntarista del que se deriva el concepto de negocio jurídico como manifestación de voluntad del particular dirigida a producir efectos jurídicos (204) y que, por tanto, buscan en estos casos no sólo una

---

(203) V.: HAUPT, *Ueber faktische Vertragsverhältnisse* en «Festschr. f. H. Sieber», 1941, 9-32; SALVATORE ROMANO en «Studi in onore di Santi Romano», IV, 129-141; por último, C. A. FUNAIOLI, *I rapporti di fatto in materia contratuale*, en «Annali dell'Università di Ferrara», X, 1952, 103-272, spec. 130 y ss.; cfr. además LEHMANN, *Das «faktische Vertragsverh.»*, en «Jherings Jahrbb», 90, 1943, 131-144; *Recht der Schuldverhältnisse*, § 26, IV, 109; LARENZ, *Lb. d. Schuldrechts*, I, § 4, II, 27 y ss.; PASETTI, *Sanatoria del testamento e della donazione*, 55 y ss.

(204) Así MANIGK, *Willenserkl. u. Willensgesch.*, 685-687, y FUNAIOLI, *op. cit.*, 164-166; reconoce por el contrario a la gestión de negocios como figura negocial, claramente diferenciada de otros actos de «Menschenhülfe», ENDEMANN, *Lehrb. d. bürgerl. R. I.* (9.ª ed.), 178, n 3, III, 8 y ss:

voluntad manifestada en una declaración sino también una voluntad dirigida a dar vida a una obligación. Es claro que, partiendo de estas premisas, no se puede por menos de llegar a la conclusión de la falta de carácter negocial en los dos actos de que tratamos. En realidad nadie discute que en la gestión de negocios ajenos falta una declaración pero existe una actividad de cooperación realizada por un miembro de la comunidad en interés de otro; actividad que, precisamente por la función de cooperación gestoria que desarrolla, y que la caracteriza típicamente como comportamiento realizado en la vida de relación, asume el carácter y la calificación de negocio jurídico (205). En efecto, para asumir esta calificación el ordenamiento jurídico no exige que un acto de autonomía privada se exprese en una voluntad encaminada a producir efectos jurídicos (que están recogidos siempre por la ley y sólo por ella) sino que es suficiente, y es lo relevante para ese fin, que se manifieste en una conducta que responda a una función económico-social típica tutelada por la ley, ligando a aquélla unos efectos jurídicos obligatorios de naturaleza tal que favorezcan la realización de aquella función. Así, en la gestión de negocios ajenos, lo que interesa, a los fines de su calificación como negocio, es la relación interna existente entre gestor y dueño del negocio y la existencia en este último de un interés en la actuación del gestor según una valoración del éxito que puede preverse. En cuanto a la razón de la tutela que el ordenamiento jurídico establece para la gestión de negocios, aquélla puede identificarse con facilidad en el interés social de solidaridad, de que no sean abandonados los negocios del ausente o del incapaz. Sin embargo, no todos los ordenamientos recogen tan intensamente esta exigencia de solidaridad social. El Derecho anglosajón, por ejemplo, está

(205) Para el carácter oneroso de negocio consistente en un comportamiento, véase nuestra *Teoria generale del negozio giuridico*, 126-130. La retribución por la actividad de cooperación desarrollada puede ser admitida perfectamente en virtud de la nueva disciplina del mandato: artículo 1.709 en oposición con el cód. civ. 65, artículo 1.739; cfr., sin embargo, artículos 361, 369 del cód. de com.

animado de una sospechosa desconfianza contra la gestión de negocios porque ve en ella un posible instrumento de intromisión en las actividades ajenas; consiguientemente, para este ordenamiento vale la norma de que una persona que haya gastado, voluntariamente, dinero o empleado trabajo o materiales en preservar o mejorar la propiedad de otra persona no tiene derecho alguno a ser indemnizado según los principios de la *negotiorum gestio* (206). Para los ordenamientos de la Europa continental, por el contrario, la actividad desplegada espontáneamente en favor de un interés que se sabe ajeno, está protegida por la ley porque responde a una función de solidaridad social. Orientación ésta que deriva del Derecho romano, el cual comprendió la necesidad de su tutela y tuvo la convicción de que la *negotiorum gestio* era determinante de un *contractus*, es decir, un negocio jurídico obligatorio en el sentido originario de la palabra (207) que exige, para reconocerlo como negocio, la conciencia de que se trata de un negocio ajeno *(animus aliena negotia gerendi)*. Indicativos e instructivos son dos célebres textos de PAULO (D. 10, 3, 13, 1 y D. 10, 3, 29, pr.) en los que se dice que es diferente la situación cuando se estima propio el negocio en que se emplean obra o dinero de aquella en que se tiene conciencia de que el negocio es ajeno y se originan gastos para el mejoramiento de la cosa ajena. En el primer caso, no hay negocio porque el gestor retiene el bien que es de su propiedad y sólo tiene derecho a ser reembolsado de los gastos realizados en vía de retención, de modo que si restituye el bien sin reclamar el reembolso de los gastos de mejora ya no podrá conseguirlo por haberse privado del único medio que el Derecho le concede a tal fin, la *retentio*. En el segundo caso, por el contrario, el comportamiento de cooperación gestoria viene a constituir un negocio porque está presente en

(206) HOLLAND, *Jurisprudence*, Oxford, 1937, 253; JENKS, *A digest of english law*, 1908, II, n. 720 (325): «A person who has voluntarily expended money, labour, or in the conduct of his affairs, has no claim to indemnity on the principle of neg. gestio».

(207) Véase § 1, n. 1.

la conciencia del gestor la interferencia entre su esfera de intereses y la esfera de intereses del dueño del negocio. Detalle, éste, que aclara el carácter de negocio jurídico de la gestión de negocios ajenos y que está presente en el vigente artículo 2.028 del Código civil, según el cual hay gestión siempre que alguno, sin estar obligado, asuma *conscientemente* la gestión de un negocio ajeno; "conscientemente" quiere decir justamente, sabiendo no sólo que no está obligado al acto sino también de que se trata de un asunto ajeno. De esta consciencia nace la intención práctica típica perseguida por el gestor, intención que debe estar dirigida a valorar el interés ajeno y la correlación del negocio con este interés. Todo esto no sería concebible si se tratase de un puro acto material entre gestor y *dominus*. Quien emprende la gestión tiene conciencia del contrato social entre su esfera de intereses y la de otra persona y no sólo del hecho de que se encuentra en la delicada situación de resolver un conflicto eventual entre lo que constituiría su propio interés y el del *dominus*. Por otra parte, la necesidad de una correlación del negocio al interés de este último (criterio éste de valoración de la actividad de gestión no sólo en el negocio de gestión sino también, por ejemplo, en el negocio de mandato) no implica a cargo del gestor una obligación de prever con seguridad el éxito de la gestión.

Es irrelevante que el asunto consista en un negocio o en una disposición material, porque, cualquiera que sea su naturaleza, la actitud de quien lo asume es la de quien realiza un acto de autonomía privada, caracterizado por la típica función de cooperación gestoria. Teniendo presente todo esto y no sólo la otra norma particular del artículo 2.029 del Código civil según la cual la capacidad del gestor para contratar es un requisito para la validez de la gestión de negocios ajenos, nos parece difícil negar a ésta el carácter y la calificación de negocio jurídico [23].

[23] Falta en nuestro ordenamiento un concepto semejante al italiano, que establezca, en materia de gestión de negocios ajenos, la esencialidad del requisito de la capacidad del gestor.

Cuestión controvertida e interesante es la relativa a la posibilidad de que surja en la persona del gestor un derecho a ser retribuido por lo realizado en interés del otro. Sabemos que, tradicionalmente, el tratamiento jurídico de la gestión es, dentro de los límites de una *ratio iuris,* el establecido por las normas relativas al mandato, al cual se remite la ley misma (art. 2.030). Ahora bien, mientras que en el Código civil del 65, el artículo 1.739 establecía como esencial al mandato la gratuidad —norma ésta mitigada únicamente por los artículos 361 y 349 del Código de comercio que, en el ámbito de las relaciones mercantiles, consideraba el mandato una presunción de onerosidad. La remisión —no sólo en el aspecto de las obligaciones del gestor sino en otros aspectos también, tratándose de gestión de negocios ajenos— debe hacerse a las normas de los artículos 1.703-1.730, lleva como consecuencia que la actividad del gestor no es necesariamente gratuita y aunque no puede establecerse para ella una presunción de onerosidad como para el mandato, puesto que falta en ella un encargo expreso del interesado es posible, sin embargo, que en una serie de situaciones, y en vista de un particular deber, pueda reconocer el juez en favor del gestor un derecho a ser retribuido. Esto nos parece que refuerza nuestra tesis que ve en la *negotiorum gestio* los caracteres y la naturaleza de un negocio jurídico [24].

3) *El pago de lo indebido.*—También el pago de lo indebido está comprendido por la doctrina antigua en la categoría de los cuasi-contratos y es fácil constatar que los autores que niegan que el pago de lo indebido tenga naturaleza de negocio jurídico parten de las mismas equivocadas premisas que ya hemos tenido ocasión de refutar a propósito de la ges-

[24] La cuestión de si el gestor tiene derecho a percibir honorarios como consecuencia de la actividad por él desempeñada debe resolverse en nuestro derecho, según la doctrina más autorizada, en sentido negativo. Ahora bien, según esa misma doctrina, siempre que se produzca una ratificación expresa de la gestión por parte del dueño serán aplicables las normas del mandato y el *dominus* vendrá sujeto a las obligaciones propias del mandante contempladas en los artículos 1.727 a 1.730. En opinión de Castán (Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo IV, Derecho de Obligaciones, 8.ª ed., Madrid, 1956, pág. 813), se precisa, además de la ratificación expresa, que la gestión se refiera a servicios comprendidos dentro de la profesión del gestor.

tión de negocios. Sustancialmente, estos autores (208) dicen que habiendo en quien paga una intención encaminada a crear una obligación, antes bien siendo esa intención opuesta a ello (209) el pago de lo indebido no puede calificarse como negocio jurídico. Este modo de ver las cosas está superado puesto que para que haya negocio jurídico basta un comportamiento social que esté caracterizado por una función económico-social típica considerada digna de tutela por el derecho; es esta la función que debe estar presente en quien realiza el negocio sin que sea necesaria una intención particular de éste encaminada a producir efectos de cualquier modo obligatorios; efectos, repetimos, cuya determinación es competencia exclusiva de la ley.

Parece, sin embargo, más difícil justificar el carácter de negocio jurídico del pago de lo indebido, sobre todo al considerar que este carácter se niega por una moderna tendencia doctrinal a cualquier pago, incluso al de lo indebido (210). Algún autor hace una excepción —como ya se vio (§ VI)— únicamente para el pago con el que se cumple una obligación natural, en cuyo caso se tendría exactamente un contrato (211); pero fuera de este supuesto, el pago sería un simple acto material. En realidad se trata, incluso en este caso, de la realización de un ajuste de intereses entre los miembros de la comunidad, cuya exigencia proviene del contacto social entre las dos esferas distintas de intereses. No tiene relevancia que el pago pueda delimitarse también como acto

(208) Así NICOLÓ, *Adempimento dell'obbligo altrui*, 151, para el que «la actividad solutoria no consiste en la manifestación de voluntad dirigida a extinguir la obligación» (Erfolgsville); así FUNAIOLI, *op. cit.*, 167-169, que niega al pago el carácter de negocio dado que la actividad solutoria no consiste en una «declaración» que «suponga una regulación de intereses».

(209) Véase ya en tal sentido GAIO, *Institutiones*, III, 91.

(210) Véase OPPO, *Adempimiento e liberalità*, 383; GIUSIANA, *Pagamento*, en «Diz. prat di dir. priv.», 2 y ss.; SALANDRA, *Contratti preparatori e contratti di coordinamento*, en «Riv. dir. comm.», 1940, I, 27.

(211) Cfr. OPPO, *op. cit.*, 398-408.

debido (212) puesto que este aspecto no es inconciliable con el de negocio jurídico al que, precisamente, se le puede dar vida en virtud de un compromiso asumido anteriormente. Piénsese, por ejemplo, en la figura del precontrato en cuya virtud las partes se comprometen a celebrar el contrato definitivo. ¿Acaso no es este un negocio jurídico sólo porque hay una obligación de pactarlo? La verdad es que la fisonomía del negocio no sólo no excluye la del acto debido sino tampoco la del acto ilícito; piénsese, por ejemplo, en la bigamia, en la que es evidente que el segundo matrimonio (negocio) constituye propiamente un supuesto criminal. Es en base al criterio de la interferencia, a la que nos hemos referido, entre dos esferas de intereses, por lo que un acto de autonomía privada puede calificarse de negocio, es decir, ajuste de intereses; y una interferencia entre dos esferas de intereses no puede negarse que se da en el pago en general y en el pago de lo indebido en particular.

Lo que le distingue, por otra parte, como negocio jurídico es su carácter de *transmisión onerosa*. Para darnos cuenta de ello basta comparar la situación de quien paga con la de quien dona; éste se desinteresa de la cosa donada porque su intención es enriquecer a otro sin recibir un equivalente; aquel que paga, por el contrario, presupone una deuda por cumplir e intenta satisfacerla; considera debida la prestación en función de un equivalente. Lo que sucede también en la obligación natural que, aunque no lleva consigo la obligación de cumplir, siempre es una deuda que tiene relevancia jurídica porque, si es cumplida espontáneamente, este cumplimiento es suficiente *titulus adquirendi* y no legitima a quien ha pagado a

---

(212) Como sostiene CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 2.ª ed., 206; véase la crítica en nuestra *Teoria generale del negozio giuridico*, 160-161. Cfr. también OPPO, *op. cit.*, 391-393.

repetir lo que por ello haya entregado (213). En el caso en que, después de efectuado el pago, se descubre que la supuesta deuda en realidad no existía se tiene, en cambio, pago de lo indebido. No nos parece decisiva, en verdad, a los fines de una calificación distinta de la de negocio, la constatación, alegada por la doctrina arriba citada, de que quien pagó no quería constituir sino rescindir una obligación, puesto que en ningún negocio es decisiva la intención del particular dirigida a la producción de efectos jurídicos (que únicamente puede la ley establecer de antemano) sino sólo la intención práctica perseguida por el particular. En el pago de lo indebido la intención práctica perseguida por quien paga es siemre la de una transmisión onerosa debida en función de un equivalente; pero, habida cuenta de que este equivalente aparece más tarde como inexistente, la ley opera en este caso una conversión interpretativa de aquella intención típica haciendo surgir en la persona que ha recibido el indebido una obligación de restituir cuanto haya recibido y, correlativamente, un derecho a repetir en aquel que ha pagado. Puesto que lo que decide es el resultado práctico que se quería conseguir, mientras que el tratamiento jurídico del acto está reservado solamente a la ley, es esta la única que puede *reinterpretar* la intención onerosa como justificante de la repetición. Si se ha dado para pagar, quiere decir que sin un equivalente el pago no tiene razón de ser en la conciencia de quien debe. Se sigue de esto que la *solutio indebiti* es un negocio jurídico bilateral porque hay en él dos partes, pero a los fines de la configuración de este negocio la intención decisiva, la causa típica, debe buscarse en la intención de quien se despoja porque siendo él quien pierde es preciso ver si perder era el fin por él perseguido y, en caso afirmativo, por qué causa había querido perder. A este propósito debe hacerse

(213) Análogo fenómeno se encuentra en el comodato, en el que las prestaciones de cortesía no engendran ninguna obligación jurídica, sino que tienen más bien una relevancia jurídica con el espontáneo cumplimiento del promitente que legitima, en el comodatario, la detentación de la cosa; véase CARRESI, *Comodato*, 17.

notar la diversa y más rigurosa concepción del Derecho romano en el que es precisa la perfecta congruencia de la intención práctica por parte de quien recibe, debiendo participar éste de aquella visión del ajuste de intereses que persigue quien paga. De forma que si éste intenta, por ejemplo, donar y el adquirente cree recibir en concepto de mutuo, la propiedad no pasa a este último porque hay disentimiento sobre la causa de la transmisión (v. nuestra *Esercitazioni romanistiche,* cap. IV). Pero aún hay más: para los romanos, el adquirente sabedor de la inexistencia de la deuda y que finja creerla existente comete un hurto. Nuestro derecho no es tan riguroso y así, en el caso del adquirente de mala fe, éste hace suya la cosa, a causa de su mala fe, estará obligado a restituirla aun cuando la hubiera perdido e incluso si aquélla se hubiese destruido por caso fortuito (214). La moral actual, cuyos antecedentes los encontramos en el derecho común, es más elástica; pero de esto se deduce también que la intención práctica decisiva es la de quien paga mientras que la intención del adquirente tiene una importancia menor.

Nos toca ahora someter a discusión la tesis, sostenida por una parte de la doctrina, según la cual la fuente genética de la obligación de restituir lo indebido recibido sería el enriquecimiento injusto que, en caso contrario, se produciría a favor del accipiente (215). Esta tesis no puede ser compartida. La verdad es que partiendo de un criterio semejante se debería llegar a sostener también que no hay una obligación a la que no pueda asignarse, como base, un enriquecimiento injusto; así, por ejemplo, el enriquecimiento que obtendría el comprador si no pagase la mercancía que se le vende debería constituir la fuente de su obligación al pago del precio. Ahora bien, nadie discute que en tal caso el comprador obtendría

---

(214) Cfr. artículo 2.037, co. 2, cód. civ.

(215) En este sentido Scuto, *Natura giuridica e fondamento della ripetizione d'indebito nel diritto civile italiano,* en «Riv. dir. civ.», 1917, 1-2; Graziani, *L'azione di ingiustificato arricchimento,* en «Rev. dir. civ.», 1922, p. 26 y ss.; Andreoli, *L'ingiustificato arricchimento,* p. 50 y ss.

un enriquecimiento pero éste constituye únicamente un fenómeno económico que no explica suficientemente el fenómeno jurídico de la fuente de la obligación, que debe encontrarse, en cambio, en el contrato conmutativo concluido por las partes. Análoga cuestión se plantea en el caso de la repetición de lo indebido; si éste no fuera restituido se tendría, ciertamente, un enriquecimiento injusto por parte del accipiente, pero no es en este eventual enriquecimiento donde puede encontrarse la fuente de la obligación de restituir sino más bien en el hecho de haber recibido un bien por parte de una persona que, al pagar, perseguía una típica intención satisfactoria a través de una transmisión onerosa. Reconocida la inexistencia de una deuda en la persona de quien ha pagado, la ley, operando una conversión interpretativa de la intención típica satisfactoria perseguida a través de aquella transmisión onerosa, hace surgir en la persona del accipiente, como efecto lógico, una obligación de restituir lo indebido que ha recibido (216).

4) *La nueva categoría de las situaciones de hecho deficientes o reducidas, generadoras de relaciones contractuales.*—Debemos considerar ahora la problemática referente a la calificación de negocio jurídico que ha de darse a los actos o situaciones equiparables a supuestos contractuales que han sido comprendidas por los civilistas modernos en la categoría de "relaciones contractuales de hecho". Ya dijimos (n. 1) que con esta calificación se quieren indicar todas aquellas situaciones de hecho asimilables a supuestos contractuales de los que se diferencian, sin embargo, por insuficiencia de presupuestos de validez o por disminución de los elementos constitutivos. Pueden incluirse, por tanto, en esta categoría, situaciones de lo más heterogéneas que tienen en común, únicamente, la falta de válida conclusión de un contrato o de conclusión de un contrato cualquiera que resulte de una propuesta y de una congruente aceptación. La civilización moder-

(216) Sobre esto ver también más adelante en el § 8.

na, masificada con el ritmo febril dado al tráfico y a la vida social, lleva consigo también el que, a veces, se constituyan relaciones obligatorias de naturaleza contractual sin fundamentarse en un válido contrato correspondiente sino únicamente en virtud de una conducta que, según su típica conclusión social, desarrolla efectos vinculantes de la misma forma que un negocio jurídico. Tales "relaciones contractuales de hecho" pueden surgir de diversas clases de situaciones.

a) En virtud de un contrato social entre las esferas de intereses de dos miembros de la comunidad como, por ejemplo, en los tratos preliminares que conducen (art. 1.337) a la conclusión de un contrato (v. sec. I, § IV).

b) Además, pueden tener por fundamento la oferta hecha al público de una prestación o de un servicio de interés público y su consiguiente puesta al servicio de los usuarios, como por ejemplo, en el suministro de agua potable, de gas, de energía eléctrica o en la oferta de medios de transporte.

c) Pueden producirse también en cumplimiento de una relación de trabajo o de sociedad no precedidas, respectivamente, de un contrato válido o de un válido y regular acto constitutivo.

d) En virtud de una atribución patrimonial realizada en beneficio de un incapaz.

Mientras que para las hipótesis recogidas en el apartado *a)* podemos remitirnos a cuanto se ha dicho en la sección primera de la presente teoría general de las obligaciones (§ V) es necesario detenernos en los otros casos y de modo particular en los dos últimos.

b) El usuario de un medio de transporte está obligado, según la opinión corriente, a pagar la retribución del servicio según la tarifa; y no importa, a los fines de la asunción de esta obligación, el hecho de que sea o no capaz de contraer válidamente una obligación y, menos aún, el conocimiento previo que tenga de la cuantía de la tarifa. La situación que

se le presenta al usuario es, en efecto, muy diferente de la del destinatario de una oferta contractual puesto que no se le abre una opción sino una posibilidad de utilización. Para que nazca una obligación en la persona del usuario tiene carácter decisivo únicamente el hecho de la utilización como conducta socialmente típica que debe interpretarse en su conclusión social de acuerdo con el significado normal que a ella se le atribuye en la esfera de los restantes usuarios (217). Por otra parte, es verdad que las relaciones, cuando no caen en el campo del Derecho administrativo, en el sentido de la tasa exigida por el servicio público, están sometidas a las normas de las obligaciones contractuales; pero la fuente de obligación —que surge, por ejemplo, en la persona del usuario de un medio de transporte tranviario— no puede, sin ficción, ser vista en una "oferta contractual" y en su correspondiente "aceptación", que supondría conocimiento y capacidad de obrar. El caso es esencialmente diverso de los supuestos caracterizados (tipificados) como conductas con efectos legalmente preordenados. La diferencia profunda, que no puede desconocerse, está en que en el supuesto de que hablamos falta, totalmente, el aspecto de una declaración que deba considerarse implícita en la conducta observada por el interesado así como es totalmente irrelevante la consciencia (por ejemplo, conocimiento de la tarifa) y la capacidad legal para actuar por parte del usuario.

c) Un examen más detenido debe hacerse a propósito del cumplimiento de hecho de una relación de trabajo o de sociedad, en cuanto tenga lugar en cumplimiento de un contrato inválido. Establece el artículo 2.126 del Código civil que "la nulidad o anulación del contrato de trabajo no produce efecto durante el período en que esa relación se ha venido realizando, salvo que la nulidad derive de la ilicitud del objeto o de la causa". Se trata ahora de establecer cuál sea la fuente de la obligación de pagar la remuneración al trabajador que

(217) LARENZ, *Lehrb. d. Schuldrechts, I: Allegemeiner Teil* (1953), 27-29; Sozialtypisches Verhalten.

haya dado cumplimiento a un contrato inválido, con conocimiento de causa de su invalidez. FUNAIOLI (218), que se ha ocupado detenidamente de este caso (219) entiende que el problema puede resolverse partiendo de la comprobación de que el contrato convenido por las partes, aunque no necesita sanación para que produzca, siquiera sea parcialmente, sus efectos típicos (220), permanece nulo. A partir de aquí, argumenta —presuponiendo como exhaustiva la división tripartita "contrato, acto lícito, acto ilícito", a la manera de don FERRANTE, de manzoniana memoria— que, por ser nulo el contrato, no vale como negocio sino como acto jurídico al que se añade la ejecución. Esto significaría que se está fuera de los límites de la autonomía privada. Sin embargo FUNAIOLI reconoce (221), con extraña incoherencia, que los efectos obligatorios son perfectamente conformes con el contenido preceptivo del contrato nulo; del cual, por otra parte, quedarían fuera, puesto que la nulidad excluiría la posibilidad de efectos propios del contrato (222). Por tanto, aproxima aquella ejecución al pago (223) en el sentido de que en ella la voluntad genética "sólo cuenta desde el momento en que sirva para determinar el título del acto y tiene eficacia (relevancia) jurídica porque de ella depende el valor del título y, por consiguiente, de los intereses que aquí, incluso frente a un contrato nulo, quiere tutelar la ley" que con un acto social y jurídicamente relevante "se satisfaga el interés que, en el supuesto de validez del contrato, estaría en todo caso protegido mediante el cumplimiento de la obligación respectiva"; y que "acaba con el cumplimiento *ex lege* del fin perseguido por las partes mediante el contrato" (224).

---

(218) Véase FUNAIOLI C. A., *I rapporti di fatto*, cit. en «Annali Università di Ferrara», X, 1952, 112 y ss.

(219) Cfr. FUNAIOLI, *op. cit.*, 197-198.

(220) Cfr. FUNAIOLI, *op. cit.*, 190.

(221) Cfr. FUNAIOLI, *op. cit.*, 190-191-199-201.

(222) Cfr. FUNAIOLI, *op. cit.*, 191.

(223) Cfr. FUNAIOLI, *op. cit.*, 198.

(224) Cfr. FUNAIOLI, *op. cit.*, 198.

En nuestra opinión, la construcción propuesta por FUNAIOLI está muy lejos de satisfacer las exigencias de una calificación jurídica correcta. Sobre todo no vemos por qué el contrato nulo (no ya el inexistente) no convalidándose deba permanecer fuera del campo de la autonomía privada y existir, sencillamente, como acto jurídico lícito. La falta de convalidación no puede hacerle perder la naturaleza de acto de autonomía privada. Hay que decir, más bien, que no adquiere relevancia jurídica más que en virtud de la ejecución, es decir, de la prestación de trabajo que encuentra en él su momento causal y en este sentido constituye con él un supuesto complejo (225). El efecto que se vincula a este cumplimiento no es, sin embargo, la simple irrepetibilidad de la prestación sino el nacimiento de derechos y obligaciones recíprocas de índole contractual; lo que se explica fácilmente si se considera que el contrato convenido por las partes si bien es ilegal, por defecto de alguno de los elementos constitutivos o de los presupuestos necesarios, no es sin embargo ilícito (226). Por otra parte, si es verdad —como el mismo FUNAIOLI concede (227)— que con la prestación se lleva a efecto el contenido preceptivo de aquel contrato nulo, cuya ejecución es la misma prestación, significa precisamente que el núcleo de intereses convenido adquiere relevancia jurídica y un ajuste de aquel tipo determinado y no de otros. Por consiguiente, los efectos obligatorios contractuales vienen unidos en este caso a un supuesto de hecho contractual que, al ser deficiente algún elemento constitutivo o algún presupuesto de validez, debe considerarse "reducido". La realidad social, más fuerte que cualquier voluntad y conciencia de los interesados, mantiene ligados uno al otro en atención a una superior exigencia de solidaridad (228). El cumplimiento voluntario realiza y agota

(225) Cfr. FUNAIOLI, *op. cit.*, 198.

(226) Véase nuestra *Teoria generale del negozio giuridico*, § 9, sub A y B.

(227) Cfr. FUNAIOLI, *op. cit.*, 199.

(228) Cfr. HAUPT, *Ueber faktische Vertragsverhältnisse*, 19-20; 27-32, que, sin embargo, no llega a mantener firme la fisonomía del negocio correspondiente a la concreta «Ordnung des Betriebes».

por sí mismo el ajuste de intereses de que se trate quitando a los interesados —como en las hipótesis de los artículos 590 y 799— la posibilidad de acogerse a la nulidad del contrato por aquella razón de coherencia que, en las relaciones entre los miembros de la comunidad, impide a cada uno de ellos ir contra el hecho que el mismo haya realizado (229). El criterio de la autorresponsabilidad (230) responde, en este caso, a la exigencia social de "tutelar no tanto el trabajo que se debe por razón del contrato, cuanto el trabajo subordinado considerado en sí mismo, prestado y desarrollado del modo que fuere, en interés ajeno y en provecho de la economía pública" (231). *Ratio* determinante de la norma en cuestión es, por consiguiente, el interés social a la realización de las relaciones laborales que habitualmente se refieren a una "azienda" y a la satisfacción de las necesidades que a ésta acompañan (232).

Otra derogación del criterio tradicional de que *quod nullum est nullum producit effectum* (233) se encuentra también en materia de sociedad, donde rigen normas análogas a la que acabamos de examinar; en efecto, el artículo 2.297 dispone, para el supuesto de falta de registro, que "hasta que la sociedad no esté inscrita en el Registro de empresas, las relaciones entre ella y los terceros, permaneciendo inalterada la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios, son reguladas por las disposiciones relativas a la sociedad simple"; establece, sin embargo, una presunción legal por la que "se presume que cada socio que actúa por la sociedad tiene la representación social, incluso en juicio" excluyendo la oponibilidad a los terceros de buena fe de los "pactos que atribuyan la representación únicamente a alguno de los socios o

(229) Véase nuestra *Teoria gen. d. neg. giur.*, 493 y ss.

(230) No del hecho realizado, como dice FUNAIOLI, *op. cit.*, 199.

(231) Así GRECO, *Contratto di lavoro*, 1939, 205.

(232) Cfr. FUNAIOLI, *op. cit.*, 199.

(233) Y esta derogación no ha de sorprender porque el Derecho no es la aritmética, sino tutela de intereses.

que limitan los poderes de representación". Dispone, además, el artículo 2.332 que la nulidad, declarada con posterioridad, del acto constitutivo de la sociedad no perjudica la eficacia de aquellos actos realizados en nombre de la misma (234). De igual modo, la anulación de una deliberación social no prejuzga, en el sentido del artículo 2.377, la eficacia de los actos realizados en ejecución de la misma en cuanto hayan originado la adquisición de derechos por parte de los terceros de buena fe. También quien sostiene la tesis de los efectos *ex lege* para la hipótesis disciplinada por el artículo 2.126, se ve obligado a admitir (235), en los casos previstos por estas normas, que los efectos derivados de un acto constitutivo de sociedad inválido o de una deliberación social también inválida deben considerarse, al menos por lo que a su contenido se refiere, como negociales porque en un caso se tiene no sólo una sociedad aparente sino existente de hecho, aunque sea irregular, y actúa como tal tanto frente a los terceros como entre las partes; y en el otro caso (arts. 2.297 cpv., 2.377) resulta decisiva, por el contrario, la confianza creada en los terceros de buena fe por la apariencia de una deliberación válida. En cuanto a la *ratio iuris* del artículo 2.332 consiste en que la ley favorece la existencia de hecho de la sociedad irregular en interés general del comercio y del crédito con el fin de que la irregularidad de actos sustraídos al control de los terceros interesados no entrañe un peligro para la economía, dada la red de intereses entre accionistas y terceros. De donde ha de admitirse que sea reconocido aquí, en interés general de la economía y de la empresa, un organismo de hecho de la estructura social que no tiene su fuente en el contrato sino

(234) Un valioso estudio de la sociedad irregular con referencia al Derecho comparado es el que nos ofrece SIEBERT, *Die faktische Gesellschaft*, en la «Festschrift f. Hedemann», 1938, 266-289, en el que se pone de manifiesto claramente la ratio iuris de la disciplina (287, 289), fundada en la estructura de la empresa comercial y postula una «eigentümlich unternehmens -und verbandsrechtliche Berachtungsweise».

(235) Cfr. FUNAIOLI, *op. cit.*, 239 y ss.

en un acto de autonomía privada con elementos reducidos, asimilado al contrato.

d) Quedan por examinar las relaciones obligatorias que se producen como consecuencia de una atribución patrimonial realizada en favor de un incapaz. Las normas que prevén específicamente tales situaciones son los artículos 1.443 y 2.039 del Código civil. Más adelante ya se verá que la primera de esas normas no constituye más que una aplicación particular de la segunda. Sin embargo, y hasta entonces, conviene considerarlas separadamente a fin de plantear y criticar una teoría que, sostenida principalmente por GRAZIANI (236) ha venido a imponerse. Prevé el artículo 1.443 (correspondiente al art. 1.307 del Código derogado) el caso de un pago efectuado como consecuencia de un contrato anulado con posterioridad por incapacidad del contratante que ha recibido el pago. En tal caso, quien ha pagado no puede pretender que se le devuelva cuanto ha pagado sino en los límites en que la prestación recibida haya redundado en provecho del accipiente incapaz. Ahora bien, GRAZIANI sostiene (237) que la obligación de restituir lo que ha originado esa ventaja surge en el incapaz por virtud del enriquecimiento injusto que obtendría de no venir obligado a esa restitución. Esta norma, por tanto, no sería sino la aplicación del principio que prohibe un enriquecimiento injusto en perjuicio de otros. Sin embargo, se añade, con extraña incoherencia: "Así es como el principio de prohibición del enriquecimiento injusto a expensas de un tercero actúa aquí haciendo válido, *dentro de los límites del enriquecimiento,* el pago que de otro modo sería inválido, obligando al incapaz a una restitución a la que, de otra suerte, no estaría obligado." Ahora bien, en nuestra opinión se incurre aquí en una contradicción puesto que no puede sostenerse al mismo tiempo, que la obligación de restituir nace

(236) Cfr. GRAZIANI, *L'azione di ingiustificato arricchimento,* en «Riv. dir. civ.», 1922, 24.

(237) Cfr. GRAZIANI, *op. cit.,* 24.

del enriquecimiento y añadir después que el pago es válido en los límites del enriquecimiento ya que en tal caso éste no actúa como fuente de la obligación sino como *medida* de la responsabilidad del incapaz. Pero lo que hace más grave la contradicción es la crítica de GRAZIANI a GABBA por haber negado que en estas hipótesis la obligación nace del enriquecimiento, estimando que era más razonable ver en ellas la acción contractual misma limitada al enriquecimiento del incapaz; dice, en efecto, GABBA (238) que "en tal caso la obligación del incapaz es nula o no, la acción contra él puede ejercerse o no, según haya convertido en provecho propio y según la medida de este provecho lo que ha recibido del acreedor". Opone GRAZIANI a esta tesis (y la misma crítica podría dirigirse contra la suya) que "ante todo no puede admitirse una obligación contractual cuando falta la validez del consentimiento y menos puede admitirse todavía una obligación contractual cuyo objeto se presente variable, pueda aumentar o disminuir, sufrir limitaciones más o menos importantes, aniquilarse o permanecer completo según que se produzca o no, y con mayor o menor intensidad, un fenómeno que no sólo no fue previsto en el contrato sino que además se presenta como completamente extraño a las relaciones entre las partes: el enriquecimiento del incapaz. La realidad es que el acto no válido sigue siendo tal y la obligación que debería surgir de la anulación, si se tratase de persona capaz, no se origina" (239). Esta crítica es exacta y tal vez pudiera dirigirse contra la construcción que ve en estos casos una debilitación o degradación de la responsabilidad; pero admitamos, hipotéticamente, que GRAZIANI no haya incurrido en contradicción y se haya limitado a afirmar que lo que origina la obligación del incapaz sea tan sólo el elemento de hecho constituido por el enriquecimiento ¿habría él, en tal caso, realizado una aplicación del principio que hace inadmisible un enriquecimiento

(238) *L'azione de in rem verso*, 314.

(239) Cfr. GRAZIANI, *op. cit.*, 25.

injusto a expensas de un tercero? Creemos que no. El fenómeno jurídico es, en nuestra opinión, muy diferente.

Partamos de una consideración elemental: la sentencia judicial, en cuya virtud un contrato concluido por un incapaz es anulado, no tiene efecto *ex nunc* sino *ex tunc* lo que equivale a decir que el precepto contractual viene considerado como caduco tanto más cuanto que, en el supuesto de hecho particular, siendo debida la anulación a la incapacidad, quedan anulados también los derechos adquiridos por los terceros de buena fe. Ahora bien, nos parece que de este principio se deduce que el pago realizado por un contratante en virtud de un contrato anulado después por incapacidad del otro contratante, dada la retroactividad de los efectos de la anulación convierte el pago efectuado en la equivocada creencia de satisfacer una deuda válidamente contraída *en pago de un indebido,* con todos los efectos y consecuencias que la ley liga a éste. Si bien se mira, el artículo 1.443 vigente no hace sino una particular aplicación de los criterios enunciados en el artículo 2.039 que, precisamente, prevé el pago de lo indebido hecho a un incapaz. Sabemos que GRAZIANI, y con él gran parte de la nueva y vieja doctrina, ve en la obligación de restituir lo que indebidamente ha recibido una aplicación de la prohibición general de enriquecerse injustamente a expensas ajenas pero ya se ha demostrado lo infundado de esta teoría pues en nuestra opnión, el pago de lo indebido es un negocio jurídico que tiene el carácter de *transmisión onerosa,* en la que se verifica una conversión interpretativa legal de la intención satisfactoria típica perseguida por quien pagó con la adhesión del accipiente. Es verdad, por otra parte, que GRAZIANI no podía apoyarse sobre una norma correspondiente a la del actual artículo 2.039 por la razón de que no existía en el viejo Código pero puede suponerse que, aunque hubiera existido, dadas sus premisas, no habría dudado en descubrir —en una norma que hubiera establecido que el incapaz (que ha recibido lo indebido incluso de mala fe) no está obligado sino en los límites de lo que le ha reportado la venta-

ja)— otra aplicación de la prohibición general del enriquecimiento injusto.

Demostrado que la norma de que habla el artículo 1.443 no es sino una aplicación particular de los criterios dictados por la ley para la hipótesis del pago de lo indebido hecho a un incapaz, no hemos todavía cumplido nuestra misión; debemos explicar ahora el artículo 2.039, cuya interpretación ofrece serias dificultades. Dispone esta norma que "el incapaz que ha recibido lo indebido incluso con mala fe, no está obligado más que en los límites en que aquello que ha recibido ha redundado en beneficio suyo". De la razón político-legislativa de esta norma nos damos cuenta fácilmente; el mismo VIZIOZ (240) la señala en la monografía dedicada al cuasi-contrato diciendo que si al incapaz se le obligase a restituir la suma total recibida se derogaría aquel principio general que, queriendo tutelar al incapaz, excluye que éste pueda asumir válidamente obligaciones. Lo que resulta difícil es identificar el artilugio jurídico a través del cual opera esta razón de política legislativa. Conforme a la exégesis de VIZIOZ (241) en esta norma puede verse configurado un fenómeno de *debilitación* o *degradación* de la responsabilidad dependiente del hecho de la incapacidad del accipiente; de forma, que el enriquecimiento no viene ya sujeto a discusión como fuente de obligación sino sólo como *medida* de la responsabilidad del incapaz. Este modo de ver las cosas, que tal vez podría someterse a discusión a propósito del artículo 2.037, ha de hacer frente a algunas objeciones [25]. Sabemos que una

(240) Cfr. VIZIOZ, *La notion di quasi-contrat*, cit. 297-299.

(241) Cfr. VIZIOZ, *op. cit.*, 298.

[25] El tratamiento jurídico que hace nuestro Código del supuesto de mala fe por parte de quien recibió el pago es análogo al del artículo 2.037 del Codice civile, si bien se advierten algunas diferencias de interés. El artículo 1.896 del C. c. español —al igual que en el Código italiano— impone al cobrador una responsabilidad máxima: restitución de las cosas que hubiera recibido así como obligación de indemnizar para el caso en que la cosa hubiese sufrido menoscabos, y consiguientemente se derivasen perjuicios para quien la entregó hasta el momento de su recuperación. Sin embargo, al disciplinar el caso fortuito, nuestro Código se aparta del italiano. En éste, la obligación de responder es más rigurosa, ya que subsiste incluso en aquellos casos en que la cosa perece como consecuencia del acto fortuito; en nuestro Derecho, según el artículo 1.896 citado, no responderá por caso fortuito "cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó".

responsabilidad inherente al nacimiento de una obligación sólo puede tener como fuente un negocio, un ilícito, una relación cualificante, una situación de hecho determinante de un desequilibrio patrimonial entre las esferas de intereses de dos miembros de la comunidad. Hemos demostrado que el pago de lo indebido es un negocio jurídico en el que se opera una conversión interpretativa legal de la intención satisfactoria típica en el sentido de que la ley liga a ella no los efectos que corresponden a la normal función económico-social del pago, es decir la liberación de una obligación, puesto que ésta resulta inexistente, sino que, por el contrario, la ley vincula a este negocio el nacimiento de una obligación para la persona del accipiente de restituir cuanto ha recibido. Ahora bien, podría objetarse que del pago de lo indebido hecho por un incapaz, la ley no podría operar, en su artículo 2.039, una conversión interpretativa de la intención típica para hacer surgir una obligación y una responsabilidad a cargo del incapaz porque con ello se violaría otro principio: el de que un incapaz no puede obligarse válidamente [26].

Podría decirse entonces que la situación que se presenta en esta hipótesis es análoga a la que se produce cuando surge la cuestión de quién soporta el riesgo. Es decir, se podría interpretar la norma de la siguiente manera: manteniéndose inalterada la naturaleza de negocio jurídico del pago de lo indebido, debería producirse, también aquí, una conversión interpretativa de la intención típica en cuya virtud únicamente podría surgir una obligación de restituir a cargo del accipiente; pero dado que éste es un incapaz, faltaría a la conversión un apoyo válido para hacer surgir una obligación *ex negotio gesto*. Ahora bien, de esta imposibilidad se sigue la liberación del accipiente en el sentido de que su incapacidad impide que surja en él la obligación de restituir; por tanto, quien pagó deberá soportar la pérdida de cuanto ha pagado en virtud del principio de autorresponsabilidad, dado que tenía que haberse asegurado de la capacidad del accipiente.

[26] Cfr. artículo 1.304 del C. c.

No obstante, si, como consecuencia de esta imposibilidad para obligarse y, consiguientemente, para restituir, ha obtenido el incapaz un beneficio, este beneficio deberá ser transferido a quien ha pagado lo indebido. De este modo, el enriquecimiento funciona sólo como límite al soporte de la pérdida por parte de quien pagó, jamás como fuente de obligación. Debe advertirse, sin embargo, que también la interpretación del artículo 2.039, que ahora proponemos, choca con la objeción de que, si no surge la obligación de restituir cuanto se ha recibido, no puede hablarse con propiedad de una "liberación del accipiente" de una obligación que nunca ha nacido y, consecuentemente, no puede proponerse tampoco el problema del riesgo contractual. Frente a un negocio inválido o ineficaz únicamente cabe plantearse un problema de *conservación* (242), es decir, un problema de conversión, con eventual *reducción* del supuesto de hecho y una correspondiente *degradación* o *debilitación* de los efectos jurídicos; tratamiento análogo al que la ley dispone para las "relaciones contractuales de hecho" que es tanto como decir situaciones de hecho asimilables a supuestos contractuales de los que aquellos difieren por insuficiencia de presupuestos necesarios o por reducción de elementos constitutivos.

La construcción del artículo 2.039, que se enmarca mejor con todo el sistema legal es, por tanto, la que concibe la obligación que tiene el incapaz de restituir cuanto haya redundado en su provecho como nacida del negocio de pago de lo indebido; pero dado que la incapacidad del obrar del accipiente obstaculiza la validez del negocio en cuestión, el supuesto que examinamos debe ser encuadrado entre los de los negocios que son fuente de "relaciones contractuales de hecho" [27]. En efecto, en la hipótesis prevista, la obligación

(242) Véase nuestra *Teoria gen. d. neg. giur.*, § 61, 508.

[27] No existe, en nuestro Código, un precepto específico análogo al artículo 2.039 del Codice civile. El supuesto, que en éste se contempla —pago indebido hecho al incapaz, incluso de mala fe—, se encuadra dentro de la disciplina general del artículo 1.304 del Código civil.

deriva de un supuesto de hecho complejo constituido por el negocio del pago de lo indebido, falto de un presupuesto necesario de validez, así como por la circunstancia de que el objeto del pago ha ido a parar en provecho del incapaz; en la medida que de este beneficio surge, en la persona de este último, una responsabilidad que, en comparación con la típica que nace del artículo 2.033, está sin duda alguna debilitada (243).

Por último, ha de observarse, para evitar equívocos, a los que puede dar lugar la poco afortunada denominación de "relaciones contractuales de hecho", que las situaciones a las que van unidas son casi siempre supuestos dotados de *relevancia jurídica* y por consiguiente, a nuestro juicio, *negocios* jurídicos si bien no calificables como contratos por no existir un consentimiento contractual o por faltar elementos o presupuestos que el contrato pactado exigía. La conclusión alcanzada de este modo, fundada sobre la separación clara y distinta entre relación obligatoria y su supuesto de hecho genérico no puede extrañar a quien haya seguido este razonamiento. Nuestro modo de ver el problema está de acuerdo con la premisa que ve la esencia del negocio en el *ajuste de intereses* en que se manifiesta la autonomía privada y, rechazando el prejuicio individualista de la necesidad de una intención dirigida a los efectos jurídicos, estima decisivo únicamente, para la valoración jurídica del negocio, que el ajuste de intereses contemplado responda a una *función económico-social típica*, que en el sector estudiado por nosotros es una función de *cooperación*. En materia de obligaciones —lo repetimos una vez más— el reino no es el de la voluntad, sino el de la socialidad.

---

(243) Véase RESCIGNO, *Incapacità naturale*, 86 y ss.

§ VIII

RAZON DE LA EFICACIA OBLIGATORIA DE HECHOS DETERMINANTES DE UN DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL ENTRE LAS ESFERAS DE INTERESES DE DOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD

Insuficiencia del titulus retinendi **que hace ilegítima (no ilícita) la conservación a pesar de la existencia de un modo válido de adquisición. Criterio correctivo de equidad distributiva. No se reclama lo dado sino que se pide el enriquecimiento subsistente en el momento de la petición.**

1) *Premisas.*—Es sabido que el Código civil del 65 no contenía normas de carácter general sobre el enriquecimiento sin causa. La doctrina de entonces, después de haber buscado, en vano, el fundamento de la responsabilidad a causa del enriquecimiento, bien en la gestión de negocios, bien en el hecho ilícito del enriquecimiento, bien en el derecho que tiene el que crea el beneficio a beneficiarse de él, bien directamente en la equidad, estimó que sólo podía alcanzarse una exacta formulación del principio general (244) mediante un cuidadoso examen de las disposiciones particulares de la Ley, en las que pudieran encontrarse aplicaciones, aunque fueran particulares, de los criterios del enriquecimiento injusto y de ellas pasar a un principio jurídico. El método era óptimo, pero se equivocaría quien quisiera deducir de la bondad del método, la bondad del resultado. En efecto, sucede que aque-

(244) Ver GRAZIANI, *L'azione d'ingiustificato arricchimento*, en «Riv. dir. civ.», 1922, p. 13.

llos autores, un poco por dejarse deslumbrar por las expresiones literales de algunas normas y otro poco por resultar engañados por el fenómeno (en el sentido etimológico de la palabra), que algunas normas parecían regular, creyeron encontrar una aplicación del criterio del enriquecimiento injusto en un buen número de normas en las que, en realidad, se resolvían problemas muy diferentes. Ya hemos tenido ocasión de referirnos, a este propósito, a un autor, GORLA, que sostiene poder resolver el problema de quien soporta el riesgo en las relaciones obligatorias con los principios del enriquecimiento injusto (245). En realidad nadie discute que el contratante, al que sea imposible cumplir la prestación debida por causa que no le sea imputable, obtendría un enriquecimiento en perjuicio del otro contratante si pudiera exigir de éste el cumplimiento de la prestación correlativa; pero esto de la obligación como simple "instrumento de enriquecimiento", incluso prescindiendo de la concepción *antisocial* que entraña, no demuestra ciertamente que el problema, que el código vigente resuelve en los artículos 1.463 y siguientes, sea un problema de enriquecimiento sin causa y esto por dos razones: *a)* porque la causa, o mejor dicho, el título para obtener el enriquecimiento estaría, pudiendo ser identificado, en la obligación asumida por el otro contratante; *b)* porque, en este caso, el fenómeno jurídico consiste en eliminar el sinalagma contractual visto en su aspecto funcional (246).

---

(245) Véase GORLA, *Del rischio e pericolo delle obbligazioni.*

(246) Recuérdese a este propósito una instructiva decisión del jurista Mela, aprobada por Ulpiano, 32 ad. edictum, D. 19, 12, 19, 6. En este texto se presenta un caso de arrendamiento convenido para un año. Sobrevenida la destrucción de la casa arrendada, el inquilino que había pagado el alquiler entero tiene derecho a que se le devuelva la mitad y Mela afirma, acertadamente, que la debe reclamar con la misma acción contractual, no debiéndose considerar como pago de lo indebido el efectuado por el inquilino de la casa alquilada. El jurista Mela busca acertadamente el fundamento de la responsabilidad no en el carácter indebido, sino en el mismo sinalagma funcional; tal responsabilidad, por tanto, no podrá hacerse valer con la condictio sino con la acción contractual fundada en el carácter sinalagmático de las dos prestaciones respectivas.

Pero volvamos a aquellos autores que, del examen de algunos grupos de normas —las cuales, en su opinión, constituirían una aplicación particular de los criterios del enriquecimiento injusto— han querido deducir un principio general. Parece evidente que, cuando estas normas no resuelvan un problema de enriquecimiento sin causa, el pretendido principio general no puede por menos de ser discutible. Para esta orientación examinaremos, de modo particular, el tratamiento que hace GRAZIANI, el cual, aunque se inspire en algún sentido en la doctrina francesa y en SCUTO (247), es, a nuestro juicio, su mejor representante. Examinaremos después la tesis de ANDREOLI (248) y luego expondremos nuestro pensamiento.

2) *Teoría de Graziani. Crítica.*—Este autor toma en consideración tres grupos de normas, a saber:

a) Artículos 449, 450, 451, 705, 1.018, 1.528, 1.566, 2.020, Código civil 865.

b) Artículos: 1241, 1.243, .1307, 1.728, 1.842, Código civil 865.

c) Artículos 1.145, 1.146, 1.147, 1.148, 1.149, 1.150 Código civil 865.

El grupo de la letra *c)* son las que regulan el pago de lo indebido, cuya repetición viene justificada, tras las huellas de SCUTO, siguiendo los criterios que regulan la prohibición del enriquecimiento injusto; tesis ésta que ya hemos tenido ocasión de refutar en el párrafo precedente (n. 3) al que, por tanto, nos remitimos; deteniéndonos ahora únicamente en el artículo 1.148, Código civil 865 que se corresponde con el actual artículo 2.037. En cambio, tomaremos en consideración el segundo grupo de normas y, para no hacer pesada la exposición, omitiremos el primero, confiados en que de la crítica

(247) Véase SCUTO, *Naturaleza giuridica e fondamento della ripetizione d'indebito nel diritto civile italiano*, en «Riv. dir. civ.», 1-2, 1917.

(248) Véase ANDREOLI, *L'arricchimento ingiustificato*, ed. Giuffrè, 1940.

realizada y de la posterior exposición de nuestro pensamiento, el lector podrá sacar fácilmente los argumentos críticos contra la construcción dogmática propuesta para estas normas.

Artículo 1.243, Código civil 865 = artículo 1.190, Código civil 1942.—Dice GRAZIANI (249) que siempre que la cosa pagada al acreedor incapaz haya producido a éste un beneficio, es decir, si éste, contrariamente a la hipótesis normal, ha sabido aprovecharse del pago que se le hizo, la norma establecida para tutelarle no sólo iría más allá de su propósito, sino que desvirtuaría su objeto mismo al constituir no ya una justa tutela, sino un injusto privilegio, puesto que siempre que en este caso estuviera obligado el deudor a renovar el pago, el acreedor incapaz resultaría enriquecido injustificadamente en todo aquello de que se benefició por el primer pago. No creemos que sea exacta la interpretación propuesta. Consideremosla en su supuesto de hecho: Ticio y Caio han pactado un contrato válido en cuya virtud Ticio está obligado a pagar a Caio una cosa determinada en el día X; al efectuar el pago, Ticio conferirá a Caio una utilidad típica. Ahora bien, antes del día X, Caio se convierte en incapaz; Ticio realiza el pago a que está obligado; puesto que el incapaz, por lo general, no está en condiciones de aprovecharse del pago, precisamente por ser incapaz, no obtendría con este pago la utilidad típica que, por el contrario, debería obtener; y puesto que la ley pone a cargo del deudor el onus de comprobar la capacidad del acreedor, el pago realizado por Ticio no produciría el efecto liberatorio. Sucede, en cambio, contrariamente a la hipótesis normal, que Caio, si bien incapaz, haya obtenido de aquél pago la utilidad típica prevista en el momento de la conclusión del contrato; pues bien, si actúa la función satisfactoria del negocio de pago en relación con el acreedor, actúa también en relación con el deudor la función liberatoria. Es éste un criterio teleológico que el Derecho positivo aplica también en otros casos; piénsese, por ejemplo, en el artículo 164 del

(249) *L'azione d'ingiustificato arricchimento*, cit., p. 24.

Código de proceso civil. Nada tiene en común este caso con el enriquecimiento injusto. En efecto, si el deudor había quedado liberado porque el acreedor incapaz había obtenido provecho del pago, y pagase por segunda vez no debería reclamar por enriquecimiento injusto, sino por pago de lo indebido. En cuanto al artículo 1.241 (art. 1.188, Cód. civ. 1942) que GRAZIANI (250) coloca en el mismo plano del artículo 1.243, pueden repetirse las mismas críticas, precisando, sin embargo, que esta norma no determina un caso de incapacidad, sino de falta de legitimación.

Artículo 1.842, Código civil 865 = Artículo 1.769, Código civil 1942.—Prevé esta norma el caso de un depósito realizado por persona capaz a otra que no lo es y, después de haber establecido que el depositante tiene de todos modos una acción reivindicatoria, mientras que la cosa depositada se encuentra en poder del depositario incapaz, añade que, en caso contrario, el depositante tiene un crédito de restitución hasta el montante de cuanto se hubiera convertido en provecho para el depositario incapaz. Como en los casos ya examinados, también GRAZIANI habría querido encontrar la *ratio iuris* de la norma en el enriquecimiento injusto obtenido a expensas de otro, sosteniendo que el depositario incapaz que se beneficiase de la cosa depositada obtendría un enriquecimiento injusto con daño del depositante. Pero el sentido de la ley es muy diferente del que sostiene GRAZIANI. Sucede que, por el hecho de la incapacidad, el ajuste de intereses tenido en cuenta en el momento de la conclusión del contrato de depósito puede realizarse porque se hace imposible la restitución en especie de la cosa depositada. Ahora bien, dado que la ley impone a cada uno de los contratantes la carga de comprobar la capacidad del otro, el depositario, al que no puede imputársele la pérdida de la cosa porque es incapaz, queda liberado y, por consiguiente, el depositante soporta la pérdida del *commodum obligationis*. Sólo que la ley mitiga este tratamien-

(250) *L'azione d'ingiustificato arricchimento*, cit., p. 25.

to disponiendo que, cuando de la pérdida de la cosa depositada el depositario haya obtenido un beneficio, este beneficio deberá ser entregado al depositante como "*commodum repraesentationis*". Quien recuerde aquí lo que se dijo (sec. I, § 7) sobre el problema del riesgo en las relaciones obligatorias unilaterales habrá comprendido, ya que, precisamente, los criterios que regulan el problema de quien soporta el riesgo son los que la ley aplica aquí y no otros.

Artículo 1.728, Código civil 865.—Dispone este artículo que la obligación contraída por cuenta de la sociedad obliga únicamente al socio que ha contraído la obligación y no a los otros socios excepto si estos han facultado al socio contratante o la cosa haya producido un beneficio a la sociedad. También en este caso, dice GRAZIANI, "se trata de una obligación no válida por sí misma, sólo que en este caso, cuando los socios vayan a obtener un beneficio, surge a su cargo una obligación en virtud del enriquecimiento de que se han beneficiado". Hay aquí, realmente, razones para no estar de acuerdo. Ante todo hay que hacer notar que no estamos frente a un negocio obligatorio invalido por sí mismo, puesto que, en cualquier caso, obliga al socio que contrató. En segundo lugar, el hecho de que la cosa haya redundado en beneficio de la sociedad no entraña, precisamente, que nazca una obligación a cargo de los socios por el enriquecimiento que hayan podido obtener, de tal modo que la validez del contrato se extienda en relación con la sociedad. En tercer lugar, el caso previsto por la norma constituye un ejemplo típico de gestión de negocios. En efecto, en el caso de que la cosa redunde en provecho de la sociedad vienen a juntarse los elementos de una gestión provechosa con la consecuencia de que la sociedad deberá cumplir las obligaciones asumidas en su nombre por el socio, dejando a éste libre de los gastos necesarios y útiles que haya tenido.

En cuanto al artículo 1.307, Código civil 865, correspondiente al actual artículo 1.443, nos remitimos al párrafo precedente (n. 4) donde se ha examinado esta norma unida a la

del artículo 2.039, que no tiene correspondencia en el viejo Código.

Queda por examinar el artículo 1.148, Código civil 865, correspondiente al artículo 2.037 actual. En el examen de éste nos detendremos de modo particular en sus párrafos primero y tercero por no presentar su párrafo segundo ninguna dificultad, puesto que no hace otra cosa que establecer la responsabilidad del accipiente de mala fe en el caso de que perezca fortuitamente la cosa que se ha pagado de modo indebido; responsabilidad que encuentra su justificación en la conducta dolosa precedente del accipiente. El artículo 1.148, después de haber establecido la regla general —según la cual, el que ha recibido indebidamente una cosa, debe restituirla *in natura,* si todavía existe, pasa a considerar el caso en que la cosa perezca o se deteriore fortuitamente o por hecho propio del accipiente (como añade el art. 2.037 vigente) que haya recibido la cosa de buena fe. Ahora bien, el artículo en cuestión dispone que, en tal caso, el deudor accipiente queda liberado, pero si, como consecuencia de perecer o deteriorarse la cosa, ha obtenido un provecho cualquiera, este provecho deberá pasar a quien ha pagado indebidamente, como *commodum repraesentationis.* Sostiene GRANZIANI (p. 27) que también en esta norma se hace una aplicación del principio general que combate el enriquecimiento injusto a expensas de un tercero, puesto que, si el accipiente de buena fe, perecida o deteriorada la cosa, consiguiese por esto un beneficio cualquiera, se produciría un enriquecimiento injusto con daño de quien pagó. De esta norma ya hablamos en la sección primera de la Teoría (158-60; 169; 187) cuando se trató del problema del riesgo; pero más que remitirnos a ella preferimos volver sobre esta materia para explicar la norma en cuestión. Sustancialmente, en el párrafo tercero del artículo 1.148 (2.037 vigente) no se hace, en un primer momento, más que una aplicación particular de la norma establecida por el artículo 1.256 del código vigente para el cual, una vez hecha imposible la prestación por caso fortuito, la obligación res-

pectiva se extingue y el deudor queda liberado. La única excepción a este principio puede encontrarse, y sólo en el código actual, en la equiparación que hace la ley entre la pérdida por caso fortuito y la pérdida por hecho del accipiente, en orden a su liberación; pero quien quisiera encontrar en esto una diferencia de problema incurriría en un error, porque aquí la equiparación está hecha por la ley en consideración no sólo de la buena fe del accipiente, sino también del hecho de que el accipiente, en virtud del pago de lo indebido que se le ha hecho, ha venido a ser propietario del bien y destruyéndolo o deteriorándolo ha realizado un acto que en aquellos momentos era de legítima disposición del mismo bien; y esta conducta la protege la ley. Ahora bien, una vez liberado el deudor accipiente se sigue de ello, automáticamente, que quien soporta el riesgo es el acreedor, pero como en otros casos, la ley busca atenuar esta regla en los límites de lo posible, disponiendo que si el accipiente ha obtenido algún provecho, como consecuencia de haber perecido o haberse deteriorado el bien recibido, este beneficio debe redundar en favor de quien pagó indebidamente como "*commodum repraesentationis*", siquiera sea parcial. Por tanto, lo que se encuentra en esta norma no es ciertamente una aplicación de los criterios consecuentes con la prohibición general de enriquecimiento sin causa con daño ajeno, sino la solución, en primer lugar, a un problema de responsabilidad y, después, a un problema de riesgo.

Al final de su examen exegético entiende GRAZIANI que pueden sacarse las conclusiones siguientes: "Si examinamos la naturaleza y finalidad de estas normas jurídicas vemos que el enriquecimiento que se ha producido no está protegido ni es querido por la ley; lo que la norma jurídica quiere determinar no es el enriquecimiento en sí sino, más bien, determinadas mutaciones de las que deriva, como efecto suyo, el enriquecimiento (251), por lo que la posición sería ésta: "una

(251) Cfr. GRAZIANI, *op. cit.*, p. 52.

modificación patrimonial que es conforme al Derecho; tal modificación determina a su vez un enriquecimiento; pero el enriquecimiento, considerado en sí mismo, no está querido, ni mucho menos, por aquellas normas que lo han determinado. El ordenamiento jurídico quiere la mutación patrimonial, pero no lo otro; por consiguiente, el enriquecimiento que pueda seguirse de esa modificación nunca ha sido querido por el Derecho; el Derecho únicamente, y casi por fuerza de la inercia, lo provocó (252). A tan discutibles conclusiones sólo se puede llegar cuando se busca la *ratio* de ciertas normas donde, en modo alguno, puede encontrarse. En realidad, el Derecho, al disciplinar la convivencia social, regula las relaciones entre los miembros de la comunidad, ligando a éstos aquellos efectos que, a su juicio, responden mejor a su función económico-social. Si este criterio se mantiene con firmeza, siempre se podrá explicar cómo el Derecho mismo busca la forma de evitar que los miembros de la comunidad abusen de la protección que él concede a los ajustes de intereses predispuestos por ellas o, de alguna forma, provocados y que, en determinadas situaciones, retire a las relaciones privadas, precisamente aquella protección y los efectos que los mismos particulares habían determinado con su comportamiento, bien porque los interesados hayan abusado de los medios que el derecho ponía a su disposición para regular sus relaciones económicas ej.: arts. 1.343-45), bien porque razones superiores de equidad distributiva impongan una solución en sentido correctivo.

3) *Teoría de Andreoli* (Crítica).—Igualmente inaceptable es la teoría de Andreoli que sostiene la existencia del supuesto de enriquecimiento injusto en la mutación patrimonial producida sin voluntad del titular, como consecuencia de algunos presupuestos de carácter negativo (253). Cualquier hecho puede dar lugar a la modificación patrimonial; también puede

(252) Cfr. GRAZIANI, *op. cit.*, p. 53.

(253) Cfr. ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, cit., pp. 85, 125, 126.

consistir en la actividad del mismo titular, con tal de que su voluntad no vaya dirigida a enriquecer al accipiente. En este último caso —se afirma— la actividad del titular sería valorada por el Derecho a nivel de cualquier hecho natural, es decir, en el sentido de que sólo sería relevante en razón del resultado de hecho (evento) a que conduce, o bien configuraría un supuesto de negocio carente de causa y, por tanto, inadecuado para modificar la expectativa del derecho real sobre la cosa, sino simplemente la posesión como derecho. Sería típico el pago de lo indebido del cual la ley haría nacer, en concurrencia con la acción reivindicatoria, una "*condictio possesionis*" (254).

Antes de delimitar la figura del enriquecimiento injusto según la contrucción de ANDREOLI, debe recordarse que éste cree poder descubrir la existencia del principio del enriquecimiento injusto en cuatro grupos de disposiciones: *a)* En el primero, la ley concedería el crédito por enriquecimiento a favor de quien haya hecho una determinada atribución para un fin que, más tarde, resulta irrealizable (arts. 2.033-34, 2.037, 1.769, 1.443, 2.039) *b*). En el grupo segundo, la ley concedería el crédito por enriquecimiento a quien ha sido despojado de un bien propio en beneficio de un tercero por un fenómeno de consumo-producción: artículos 935, 939, 940. En este segundo grupo de disposiciones —a diferencia del primero— el crédito de enriquecimiento se concretaría en el derecho al reembolso del equivalente. *c)* En el tercer grupo de disposiciones se concedería un crédito de reembolso por los gastos realizados en una cosa que ha de restituirse; crédito que se debe hacer valer contra aquel que tiene derecho a la restitución y que se vería injustamente beneficiado si no indemnizase al poseedor por los gastos realizados con este en esa cosa (arts. 1.150, 939, 821 inciso 2, 3.040, 748. *d)* Finalmente, en el cuarto grupo se concedería el crédito de enriquecimiento contra quien, a expensas de otro, haya conseguido la titu-

(254) Cfr. ANDREOLI, *op. cit.*, p. 151 y ss.

laridad de un derecho real o de un crédito: artículos 1.259, 2.038, 535 inciso 2, 1.766, 1.443, 2.039, 1.769, 937.

En cuanto a las disposicones agrupadas en la letra *a)* debe destacarse, ante todo, que no puede encontrarse en ellas una aplicación del principio del enriquecimiento injusto, como ya se ha intentado aclarar al hacer la crítica de GRAZIANI. Añadiremos que, aparte del planteamiento dogmático equivocado de la *condictio possessionis*, respecto del pago de lo indebido e hipótesis afines, en la que este autor se apoya, utilizando un concepto de derecho de posesión que ha caducado (recordemos que la tutela de la posesión es indirecta y provisional, de suerte que el interés del poseedor no adquiere el rango de derecho subjetivo) también para las restantes categorías deben hacerse las más amplias reservas, especialmente para los casos comprendidos en el cuarto grupo, los cuales reclaman una explicación diferente a la de reducción al denominador común del enriquecimiento injusto.

Pero antes de comenzar con una crítica del principio es oportuno precisar la calificación de injusto en la forma en que viene propuesta por GRAZIANI y aclarar aquellos presupuestos negativos cuya inexistencia excluiría la nota de injusto en el enriquecimiento mismo. Estos presupuestos serían los siguientes: 1) que no se trate de una mutación patrimonial producida fuera de relaciones propiamente patrimoniales; tal es el caso de adquisiciones efectuadas en virtud de un poder de supremacía o dependientes de unas relaciones familiares (255), 2) que la modificación patrimonial no constituya la "medida" que la norma conecta al incumplimiento de una obligación o de una carga (256): *quod quis exculpa sua dammnum sentit non videtur dammnum sentire*. Entre estos últimos figuran las modificaciones patrimoniales en provecho de un ente público en las formas tributaria y de expropiación (debe destacarse, respecto de esta última, que no siempre corresponde

(255) Cfr. ANDREOLI, *op. cit.*, p. 103 y ss.

(256) Cfr. ANDREOLI, *op. cit.*, p. 96.

a la expropiación una indemnización); en cuanto a los primeros se considera el derecho a los alimentos. 3) que no se trate de una modificación patrimonial legal a la que corresponda *ipso iure* o como elemento constitutivo del acto de expropiación una modificación en sentido inverso (257). Quedan comprendidos aquí los casos de compensación, extinción de la obligación por haber aprovechado cuanto se ha recibido, en el pago hecho al acreedor incapaz (art. 1.190) y además las hipótesis de indemnización en relación con las adquisiciones efectuadas por el ejercicio de derechos potestativos (por ejemplo constitución de servidumbre coactiva, etc.). 4) que la modificación patrimonial no se haya producido como cumplimiento de una obligación natural.

Delimitado así el campo de aplicación del enriquecimiento injusto, su naturaleza se pone de manifiesto en la ausencia de la voluntad de enriquecer a otro por parte de aquél, en cuyo daño se produce la modificación patrimonial. Y mientras se sostiene que debe excluirse, claramente, todo carácter de ilicitud en el hecho que ha generado el enriquecimiento injusto se cree, por el contrario, que, no obstante, éste constituye por sí mismo una "injusticia objetiva" porque, aunque no pueda descubrirse, en el hecho que lo produce, el elemento psíquico que lo calificaría de ilícito, sin embargo, en la situación que se produce, hay, en todo caso, lesión de un derecho ajeno. Ahora bien, parece ser que esta última calificación de enriquecimiento injusto como "injusticia objetiva" es completamente inadecuada; a ella debería corresponder conceptualmente, en consecuencia, una responsabilidad, o mejor aún, la obligación por causa del enriquecimiento debería considerarse como forma de responsabilidad (objetiva) por un hecho lesivo; lo que no es verdad. La verdad es que no debería hablarse de "lesión" de un derecho sino, por el contrario, de "sacrificio" del interés de uno en beneficio de otro y, por tanto, de un desequilibrio. La obligación de reintegrar al empobre-

(257) Cfr. ANDREOLI, *op. cit.*, p. 105 y ss.

cido en los límites del enriquecimiento obtenido tiende precisamente a restablecer el equilibrio alterado eliminando o limitando económicamente aquel sacrificio. Y nótese bien que la determinación del sacrificio puede hacerse en tanto en cuanto la pérdida de uno y la ventaja correlativa del otro se haya producido de modo regular, es decir, según un *válido modus adquirendi*. El problema consiguiente está en ver dónde nace la *exigencia* de compensar o eliminar el sacrificio de una de las partes mediante la constitución de una obligación en la persona que se ha enriquecido. No basta con referirse al elemento de la voluntad porque esta consideración aún sugestiva a primera vista, puede llevar a auténticas aberraciones en el criterio que se sostenga; así, por ejemplo, cuando ANDREOLI intenta aclarar la no aplicabilidad del criterio del enriquecimiento injusto en el caso de que se hayan realizado gastos en la cosa por parte de quien tenía un derecho personal o real de goce y la consiguiente imposición de los mismos a una u otra de las partes y recurre a una voluntad "abstracta" (258), ensombrece con esta fórmula contradictoria y equívoca el fenómeno de una integración legal de la regulación mediante negocio; fenómeno éste que los "voluntaristas" intentan, en vano, resolver con la omnipresente voluntad, superando con el expediente de la voluntad "abstracta" o "tácita" la ausencia efectiva de una voluntad "concreta". Además, no nos puede satisfacer el procedimiento de exclusión encaminado simplemente a comprobar la ausencia de voluntad cuando después —como señala justamente BARASI (259)— en el principio de enriquecimiento injusto se encuadra la hipótesis de la llamada *condictio causa data causa non secuta*. Ni se podrían explicar tampoco aquellos casos en los que el enriquecimiento de una de las partes es querido realmente por aquél en cuyo perjuicio se produce; así, por ejemplo, el enriquecimiento producido como consecuencia de una gestión realizada *prohiben-*

(258) Cfr. ANDREOLI, *op. cit.*, p. 73 y ss.

(259) Véase BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, p. 413, n. 1.

te domino (260). Por el contrario, debe sostenerse que lo que realmente justifica el crédito por enriquecimiento es la ausencia de una razón de carácter objetivo que justifique, a su vez, la *conservación* de lo adquirido; razón que nosotros, adoptando una terminología tradicional, hemos convenido en llamar "*titulus retinendi*". Y esto, prescindiendo de toda otra crítica de principios sobre el dogma de la voluntad que bien podría hacerse al tratar la teoría del negocio, el problema se plantea en términos de funciones y de intereses.

Ahora bien, la calificación de "*titulus retinendi*" que hemos adoptado presupone, conceptualmente, una clara diferenciación entre "adquisición" y "conservación". El enriquecimiento entraña propiamente un estado, una situación *final*, que implica lógicamente una comparación con otra situación *inicial*. En realidad, de lo que se trata es de aclarar qué le falta a esta nueva situación (incremento) para que pueda decirse de ella que esta justificada y, en cambio, sea necesario constituir una obligación en favor de aquél a cuyo coste se ha realizado, para compensarle del sacrificio económico sufrido. El hecho es que el Derecho, al realizar la distribución de los bienes (piénsese simplemente en la transmisión o constitución de derechos reales) sigue, a veces, ciertos criterios de composición de los intereses en conflicto, inspirados en un criterio de predominio económico-social de un interés respecto de otro (piénsese en las varias hipótesis de accesión, conmixtion, especificación) que, aunque llevan a sacrificar el interés subordinado en su condición de derecho, no implican, sin embargo, el desconocimiento de éste como valor económico. En otras palabras, al igual rango económico de los intereses en conflicto no corresponde una igualdad de rango social o funcional de tal forma que mientras por un lado (según los criterios más variados: accesoriedad, superioridad de valor, etc.) se impone la atribución del bien de uno al otro, por otro lado se impone la exigencia de eliminar el sacrificio económico su-

(260) Sobre este supuesto de enriquecimiento injusto véase también n. 4.

frido por el empobrecido en los límites del enriquecmiento obtenido por la otra parte. El fenómeno no está lejos del que se produce en todas las hipótesis de indemnización dispuestas por la ley a cargo de aquél a quien haya beneficiado el perjuicio sufrido por otro mediante el ejercicio de una adecuada facultad de configuración. De la misma forma sucede en el supuesto que hemos llamado de gestión útil *prohibente domino*. En este caso se ha producido, realmente, una ventaja patrimonial en virtud de una actividad de gestión —no gratuita sino onerosa— encaminada conscientemente a este objeto; de todos modos, la ventaja obtenida, aunque haya sido lograda regularmente, no excluye la exigencia de compensar el sacrificio económico sostenido por quien ha realizado tal actividad, dentro de los límites del enriquecimiento producido. En cualquier caso, la falta de justificación de la conservación de lo adquirido se manifiesta y evidencia en la falta de correlación subjetiva entre el sacrificio patrimonial y el subsiguiente enriquecimiento. Esto se presenta como injustificado, precisamente en la medida misma en que se ha producido a expensas de otro y de ahí el carácter esencial de que la indemnización quede limitada en la medida del enriquecimiento. Por otra parte, la cuantía del sacrificio debe valorarse objetivamente (según los valores del mercado), es decir, sn tener en cuenta el interés concreto de la parte empobrecida. Una y otra limitación (entidad del enriquecimiento y valor objetivo del interés sacrificado) se explican desde el punto de vista negativo con la ausencia de responsabilidad en la parte en cuyo beneficio se ha producido el aumento patrimonial a expensas del otro.

No es éste el lugar para ocuparse en una discusión más minuciosa de esta y de otras tesis; basta con haber demostrado que son insostenibles los criterios de solución propuestos.

4) *Naturaleza del enriquecimiento sin causa como fuente de obligación.*

Ante todo debe aclararse que a las críticas a las teorías de

GRAZIANI y ANDREOLI, que hemos realizado antes, no hay que atribuirlas un alcance meramente negativo. Al contrario, la intención concreta de la crítica era mostrar los límites que circunscriben el campo de aplicación del enriquecimiento injusto como fuente de obligación; límites que, en nuestra opinión no han sido captados exactamente por los autores citados y, en general, por la doctrina del viejo código. En efecto, al buscar la naturaleza del enriquecimiento injusto como fuente de obligación no basta, para el intérprete que quiera escudriñar sus aplicaciones particulares, con descubrir que un grupo determinado de normas prevea una limitación de responsabilidad en la medida del enriquecimiento obtenido por una parte a expensas de la otra, porque (como ya se ha visto en numerosos precedentes) hay casos en los que por razones de oportunidad o de otra naturaleza la responsabilidad queda limitada en la medida del enriquecimiento, pero su *fundamento,* es decir, la fuente de la obligación, ha de buscarse en otra parte. Con frecuencia surge, por el contrario, a tal propósito, un equívoco que lleva al intérprete a extender la responsabilidad por razón del enriquecimiento más allá de sus límites naturales, que vienen establecidos por el criterio de que se trata de un remedio subsidiario que sólo tiene aplicación para el caso de que no haya otros remedios, es decir, otras acciones (como dice el Código en el art. 2.042, utilizando una terminología anticuada e inoportuna) mediante las que el perjudicado pueda obtener la indemnización por el perjuicio sufrido.

El artículo 2.041 establece que quien sin justa causa se haya enriquecido con daño de un tercero está obligado, dentro de los límites de ese enriquecimiento, a indemnizar a éste último por la correlativa disminución patrimonial. Si el objeto es una cosa determinada, quien lo haya recibido debe restituirlo en natura si todavía subsiste en el momento de la demanda; si es indeterminada, y ha sido consumida, la norma no determina cual sea la medida de la responsabilidad, pero dispone que el aumento patrimonial obtenido con daño a un tercero debe existir en el momento de la demanda; principio

éste que recuerda al análogo dictado por el artículo 1.448, 3.º que establece que, para plantear la demanda de rescisión, la lesión debe subsistir hasta el momento de la demanda [28]. El criterio que inspira estas dos normas es, en efecto, el del beneficio obtenido por una de las partes en perjuicio de la otra; perjuicio que debe subsistir cuando se pida la reparación sea en forma de rescisión del contrato, que representa una reintegración en forma específica, sea en forma de resarcimiento, como en el artículo 2.041.

Para poder perfilar en sus propios límites y en la exacta configuración dogmática el supuesto del enriquecimiento sin causa, pensamos que es necesario arrancar de situaciones que, independientemente de una obligación preexistente, se produce, según la mecánica de algunos modos de adquisición, un desequilibrio patrimonial entre dos esferas de intereses, una de las cuales se beneficia a expensas de la otra (261). Sin

(261) En cuanto a la valoración del enriquecimiento injusto, ésta es, históricamente, relativa y contingente, variando según los ordenamientos. Esto depende en mayor o menor grado de la sociabilidad de que está informado un ordenamiento. Un ordenamiento con principios mezquinamente individualistas se resiste a reconocer casos de enriquecimiento y se contenta con el hecho de que el aumento patrimonial se haya obtenido por un medio normal de adquisición, pero el hecho de que se haya obtenido a expensas de otros altera muy poco la concepción individualista que no se preocupa de exigencias de equidad distributiva que impongan esta fuente de obligación del enriquecimiento injusto. Es ésta una cuestión que afecta a una serie de relaciones sociales y que determina el planteamiento de la llamada cuestión social.

En la doctrina de Carlos Marx la posición de inferioridad del obrero está explicada con la comprobación de la existencia de una plusvalía que percibe el capitalista en perjuicio del trabajador en cuanto que aquél saca de la prestación del trabajo una ventaja superior a la disminución que sufre con el pago de la retribución. Los liberales han demostrado que en el aspecto técnico esto no es exacto; sin embargo, en el fondo, se trata de una exigencia ética que, honradamente, no puede desconocerse; para valorarla basta con enfrentar dos soluciones del problema entre el capital y el trabajo. Una se tiene en la relación de trabajo subordinado en la que el empresario retribuye el trabajo considerándolo como una mercancía y, junto con el riesgo de la empresa, hace suyo también el beneficio. La otra se da en el caso de cooperación de

embargo, esta independencia de una obligación preexistente no debe ser entendida como falta de un nexo causal entre ganancia y pérdida, ya que este nexo debe existir y sería un error querer negarlo (como MESSINEO) sino como falta de una intrínseca justificación en el aumento patrimonial obtenido. También sobre esto es oportuno hacer algunas consideraciones; la jurisprudencia (262) ha declarado varias veces el principio de que existe enriquecimiento sin causa siempre que falta la justificación del mismo en relación con la persona a cuyas expensas se obtiene el aumento patrimonial. Nosotros no creemos que se pueda identificar fácilmente la falta de justificación respecto de la persona; creemos en cambio que pueda servir en esto la distinción, establecida por vez primera en el Derecho romano entre *a) modus adquirendi,* causa del negocio de adquisición, *b) titulus adquirendi* y *c) titulus retinendi.* Es posible, efectivamente, que se haya producido regularmente una adquisición en virtud de un válido *modus adquirendi* y que el *acto* de adquisición cuando se trate de negocio, tenga su causa; pero esto no basta para afirmar que la *consecuencia* de aquel acto, es decir, la adquisición, esté definitivamente justificada. Piénsese por ejemplo, en el pago de lo indebido; la *causa* de este negocio existe ciertamente en el momento del acto y puede ser identificada en la *solutio* (263), pero para decir que —habida cuenta de su

---

carácter asociativo entre capital y trabajo, es decir, en una cogestión de la empresa mediante la cual los trabajadores participan en los riesgos y en los beneficios; en este caso desaparece el aspecto de la plusvalía realizado por el capitalista.

Esto ayuda a comprender que la valoración del enriquecimiento injusto sea relativa y contingente.

(262) Así, por último, Casación 1 octubre 1951, n. 2.582, en «Rep. Foro It., 1951, col. 1.346, n 1: «Para que pueda concederse la acción de enriquecimiento previsto por el artículo 2.041 del cód. civ., es preciso que el enriquecimiento esté justificado frente a la persona a la que, según se infiere, ha causado el daño y que por tanto exista un nexo de causalidad entre el enriquecimiento y la disminución, correlativa, del patrimonio de la otra parte».

(263) Véase § 5, n. 3.

función satisfactoría— la adquisición está definitivamente justificada, debemos distinguir todavía entre "acción" y "acontecimiento" (264). Sucede aquí, en efecto, que aunque la acción de transmisión era correcta en el momento en que se realizó, es decir, obedecía a su causa típica, sin embargo, si mira al resultado, es decir, al acontecimiento producido, se ve que este no satisface ni cumple la función satisfactoria, puesto que falta un presupuesto para el *funcionamiento* de la causa del negocio. En otras palabras, la solutio, por no tener en frente un crédito preexistente, no puede alcanzar el resultado satisfactorio al que está destinada. Aun existiendo la causa en el momento del acto, falta en éste, como en otros casos, un *titulus adquirendi* adecuado. Diferente es, en cambio, la situación en el caso del enriquecimiento injusto en el que, aun siendo verdad, que el enriquecimiento se ha conseguido legítimamente, es decir, en virtud de un modo válido de adquisición, falta en éste, sin embargo, un *titulus retinendi* válido, es decir, falta la justificación intrínseca de su conservación (265).

Hay que distinguir —como se ha observado en el n. 2— la situación *inicial* entre las dos esferas de intereses y la situación *final,* que se determina con el enriquecimiento.

Frente al desequilibrio patrimonial producido entre las esferas de intereses de dos miembros de la comunidad, la ley, aplicando un criterio de equidad distributiva, hace surgir en la persona de aquel que ha obtenido el beneficio, una obligación encaminada a indemnizar al perjudicado por la dismi-

---

(264) Esta es una distinción propia de los penalistas, quienes, en la estructura del delito, distinguen la acción del acontecimiento; así GRISPIGNI, *Diritto penale italiano,* vol. II, p. 25 y ss., 57 y ss.

(265) Equivocada para la «condictio» pero perfectamente adecuada para los supuestos diversos de enriquecimiento injusto, es el punto de vista del que parte FRITZ SCHWARZ, *Grundlage der condictio,* 221-23, cuando postula una «causa retinendi». Es interesante hacer notar cómo en esta equivocada construcción se descubre, inconscientemente, la falsa concepción de la «condictio» como acción de enriquecimiento.

nución patrimonial sufrida, en los límites del enriquecimento conseguido.

Sólo queda por examinar la apreciación sobre la existencia de un *titulus retinendi* que justifique la conservación del aumento conseguido.

Intentemos echar ahora una rápida ojeada a algunos casos en los que el nacimiento de una obligación tiene realmente su fuente en el enriquecimiento injusto.

Tomemos, por ejemplo, el artículo 1.150 que dispone que el poseedor, aun el de mala fe, tiene derecho al reembolso de los gastos hechos por reparaciones extraordinarias así como a la indemnización por las mejoras introducidas en la cosa, con tal de que subsistan en el momento de la restitución; si se trata de un poseedor de buena fe, la medida de la indemnización corresponde al aumento de valor de la cosa como consecuencia de las mejoras; si lo es de mala fe, la indemnización se determina por la suma menor entre el importe de los gastos y el aumento de valor. Ahora bien, si se examina esta hipótesis se encuentra que, respecto del propietario de la cosa, éste ha adquirido válidamente, en virtud de los actos realizados por el poseedor, sea éste de buena o de mala fe; también tiene un *titulus retinendi,* es decir, una razón idónea para conseguir el aumento patrimonial, que va unido a la cosa por una relación de derecho real; pero le falta, por el contrario, un adecuado *titulus retinendi* que justifique, intrínsecamente, su conservación puesto que falta una correlación justificante entre la esfera jurídica de quien produjo el aumento patrimonial, es decir, gastos en dinero o en energía para producirlo, sin estar obligado a ello, y la esfera jurídica de quien ha obtenido, de hecho, el aumento patrimonial.

Bajo este mismo aspecto vienen encuadradas también, entre otras, las normas de los artículos 748, 1.502, 975, 2.864, 935, 937.

Otros casos en los que el enriquecimiento constituye fuente de obligaciones son los previstos por el artículo 821 que establece la obligación que tiene el propietario de reembolsar los

gastos de cultivo, sementera y obra a quien haya hecho tales gastos para la producción y la recolección; los previstos por el artículo 469 del Código de la navegación que establece una responsabilidad por enriquecimiento en el caso de avería común y por el artículo 67 de la ley cambiaria que faculta para hacer valer una responsabilidad por enriquecimiento siempre que no haya posibilidad de ejercitar la acción cambiaria.

Existen otras situaciones conflictuales entre las esferas de intereses de dos miembros de la comunidad en las que, si los interesados no solucionan consensualmente el conflicto, interviene la ley para imponer el reajuste de intereses de modo que, según la valoración legislativa y la conciencia social, mejor responda a la exigencia de equidad distributiva. El caso más importante es el de la llamada comercial, consistente en el aumento de valor que al propietario de un edificio le ha procurado el hecho de que se venga ejercitando en él, durante un cierto tiempo, una actividad comercial que haya originado un *avviamento* de la clientela, de lo que se beneficiará el posterior usuario. A esta ventaja se corresponde una pérdida por parte del comerciante saliente porque no todos los clientes le serán fieles y este es el sentido en que está orientado el *avviamento*. De esta circunstancia se ha ocupado la jurisprudencia que ha reconocido una indemnización adecuada por el aspecto del enriquecimiento injusto (266).

Queda finalmente por considerar un caso sobre el que ni la doctrina ni la jurisprudencia se han puesto de acuerdo. El Código prevé la prohibición del *dominus negotii* en la gestión de negocios ajenos únicamente a fin de excluir la aplicación de las normas sobre gestión, con reserva de las exigencias de sociabilidad, orden público y buenas costumbres, que pueden encontrarse en conflicto con la apreciación del interesado. El artículo 2.031 CC., después de señalar las obligaciones del

(266) Apel. Florencia 16-3-29 en *Foro It.* 1929, c. 629; Apel. Turín 23-5-29 y Apel. Turín 3-7-29 en *Foro It.* 1930, col. 262 con nota, adhiriéndose, de Vivante. En sentido contrario, Cass. 28-6-30 en *Ann. dir. com. studi legisl.* VIII, 1933, p. 203; Cass. 19-2-31 en *Mass. Giur. It.*, 1931, c. 632:

interesado, añade que no tienen aplicación las normas sobre la gestión relativas, precisamente, a las obligaciones del *dominus negotii* en el caso de actos de gestión realizados en contra de la prohibición de este último, excepto que tal prohibición sea contraria a la ley, al orden público y a las buenas costumbres. De esta reserva última se da uno cuenta fácilmente puesto que es evidente que la apreciación del interesado no puede prevalecer frente a las exigencias de sociabilidad que el orden público hace suyas. Supongamos, por ejemplo, una casa ruinosa próxima a otra o a un grupo de casas. Si el propietario no se preocupa de repararla e interviene un tercero interesado que la hace reparar en contra de la prohibición del *dominus* esta prohibición no puede prevalecer sobre las exigencias sociales que no consienten al propietario individual abandonar las cosas que le son propias con peligro para otros miembros de la comunidad. Es claro que en tal caso, el que intervino en socorro de la casa, cumplió un deber jurídico y tiene derecho a la plena restitución de los gastos. Supongamos ahora, por el contrario, un caso de gestión realizada *prohibente domino* sin que se dé ningún conflicto con la ley, el orden público o las buenas costumbres o sin la conciencia de que es un negocio ajeno o sin la capacidad de contratar exigida por el artículo 2.029. Si se produce luego la ratificación del interesado desaparece todo motivo de duda porque en el artículo 2.032 se dice que la ratificación produce los efectos derivados de un mandato aun cuando el gestor creyera que se trataba de un negocio propio. Pero supongamos que no se da esa ratificación. Si de la gestión realizada sin el concurso de los requisitos legales o *prohibente domino* se deriva para éste un enriquecimiento ¿surgirá de este enriquecimiento la obligación para el *dominus* de indemnizar al gestor? Algunos autores, entre ellos BARASSI (267) y FUNAIOLI (268), dicen que no. La verdad es que la prohibición del

(267) Cfr BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni, Giuffrè*, vol. II, pp. 346 y ss., 352-354.

(268) Cfr. FUNAIOLI, *Rapporti di fatto*, p. 203 y ss.

interesado expresa una apreciación negativa del interés propio acerca de la conveniencia de la gestión. Pero esta apreciación no es omnipotente ni queda sustraída del control de las otras partes cuando con el interés individual concurren otros intereses que, aun no siendo de elevado rango, como para entrar bajo la tutela del orden público, son suficientes, sin embargo, para justificar un acto de solidaridad como es la gestión que luego resulta beneficiosa. La tutela jurídica, en casos como estos, no espera en el sentido de hacer aplicables las normas sobre la gestión, porque éstas sólo son aplicables cuando la prohibición choca contra la ley, el orden público y las buenas costumbres. En cambio aquí se trata de ver si nace la exigencia de restablecer un equilibrio alterado como consecuencia de la actividad gestora. Nosotros sostenemos que la respuesta debe ser afirmativa aun considerando la eventualidad opuesta, con las consecuencias gravosas que el tercero interesado debería soportar en el supuesto de que la gestión emprendida tuviera un resultado desfavorable. Si de ella se derivan daños, el gestor que estaba desautorizado responde de ellos incluso si éstos obedecen a caso fortuito siempre que no hayan tenido lugar sin intervención de su actividad de gestión (269). Ahora bien, en caso contrario, si una intervención que no ha sido autorizada consigue un enriquecimiento patrimonial será, para quien ha prohibido la gestión fuente de responsabilidad en la medida de la ventaja obtenida, habida cuenta también de sus condiciones patrimoniales.

La solución propuesta podrá no satisfacer a ciertos individualistas incorregibles pero responde ciertamente a la exigencia de solidaridad y sociabilidad a que debe responder, en mayor o menor grado, el orden jurídico de una sociedad moderna.

---

(269) Cfr. las normas del Código suizo (420, cap. V último) y alemán (§ 678) citadas por BARASI, *Teor. gener. obbl.*, II, 356. No parece de esta opinión FUNANIOLI, en «Annali univ. Ferrara», X, 1952, 204, cuando atribuyendo a la norma del artículo 2.126 el alcance de un criterio de aplicación general, exige un «trabajo dado», en todo caso.

§ IX

ENCUADRAMIENTO SISTEMATICO DE LA RESPONSABILIDAD AQUILIANA

Razón de la eficacia obligatoria de los actos ilícitos, de hechos y de situaciones de hecho lesivos de intereses ajenos protegidos por el Derecho. Sectores del riesgo y del daño injusto: delimitación respectiva. Responsabilidad fundada sobre la culpa y responsabilidad independiente de la culpa. Criterios de imputación que justifican cargas sobre una parte del daño sufrido por otra. Remisión al § 6 de la sec. I. Reflexiones finales.

En el curso de nuestra exposición se ha puesto en claro cómo las funciones y exigencias sociales de cooperación encuentran reconocimiento legislativo en la forma de relaciones obligatorias correlativas. Según se ha puesto de relieve, cuando la fuente es un negocio jurídico la función de cooperación caracteriza un típico ajuste de intereses dispuesto por las partes mismas (ambas en los contratos, una sola en los negocios unilaterales) de la que debe surgir la relación obligatoria. En cambio, cuando la fuente es una situación de hecho o una relación jurídica cualificante, la ley prescinde de la coducta de los interesados para atender exclusivamente a la situación de hecho, a la relación cualificante o a la situación de equilibrio que ha sido alterada. En otras ocasiones la ley, reaccionando frente a la lesión de los intereses que ella protege, impone a una de las partes la devolución o la reparación del daño sufrido por la otra parte; daño que la ley califica de injusto (art. 2.043) para lo cual sigue, como norma general,

el criterio de la imputabilidad del hecho lesivo; o en otras hipótesis un criterio diferente que sirve también para calificar el nexo causal. Aparece claro, por tanto, que la función de cooperación, a la que las relaciones obligatorias están genéricamente destinadas, adquiere el rango de razón justificativa, de la relación de que se trate en cada caso, en dependencia de los varios presupuestos de hecho. En general, puede afirmarse que la función de cooperación se anuda a la importancia social del interés que la obligación está encaminada a satisfacer, subordinando a él todo interés contrario del deudor, al que tal obligación viene atribuida (270).

Una reseña general de las fuentes de la obligación debería dar cuenta de la eficacia obligatoria de los negocios unilaterales. A este respecto es necesario referirse a la norma que recoge el artículo 1.324 del Código civil, la cual, inspirándose en el criterio de la *convenientia rationis,* dispone la aplicación analógica a los actos unilaterales de las normas establecidas para los contratos en la medida en que respondan a la estructura y exigencias de aquéllos. En esta materia se manifiesta, todavía más insatisfactorio, el punto de vista de algunos individualistas (271) que sostienen la eficacia del acuer-

(270) En la orientación expuesta no tiene importancia la antítesis, que algunos han querido presentar, entre obligaciones derivadas de contrato y obligaciones derivadas de la ley. Estos adoptarían, como criterio de la antítesis entre el contrato y la ley, el hecho de que, cuando es el contrato la fuente de obligación el conflicto de intereses nacido a consecuencia del contrato, es decir, la puesta en contacto (o interferencia) entre las esferas de intereses de las dos partes se ajustaría consensualmente por los dos interesados según una apreciación de conveniencia; cuando, por el contrario, fuente de obligación es la ley el conflicto sería conformado por la misma ley prescindiendo de su consentimiento y siguiendo criterios de equidad distributiva en interés superior de una pacífica convivencia social. Con esta orientación, sin embargo, se viene a atribuir al acuerdo de los interesados, es decir, a la autonomía privada en la forma de contrato una importancia desmesurada. Y no se aclara el hecho de que el contrato no es vinculante en virtud del mero acuerdo, sino más bien vincula en tanto en cuanto está destinado a realizar una típica función social de cooperación.

(271) Cfr. FUNAIOLI, *Promesse unilaterali,* pp. 23-29.

do puro y simple, en cuanto que tenderían a llevar dicha eficacia a la voluntad más que a la función económico social del negocio unilateral y a la exigencia de la sociabilidad. También aquí, la tutela establecida por la ley (arts. 1.987, cfr. 1.988, 1.989, 1992-93) encuentra su "ratio" no ya en la pura y simple voluntad del promitente (272) sino en el típico ajuste de intereses que con la promesa se persigue; ajuste que debe valorarse (art. 1.322 cpv.) en la típica función social de cooperación a que responde. Estas declaraciones, por su mismo objeto y por su carácter unilateral, postulan la exigencia de tutelar la confianza del destinatario, el cual no está, por lo general, en condiciones de controlar la seriedad o veracidad de la declaración misma. Por otro lado, la constitución de la relación obligatoria, que le es consiguiente, debe llevarse a la función típica del ajuste de intereses en que esas declaraciones se sustancian. Es preciso referirse, además, al momento dispositivo ínsito en la declaración misma, teniendo presente el criterio de la autorresponsabilidad (273). En otras palabras, no basta con referirse a la voluntad, abstracta e incolora, del promitente sino que es necesario ver a qué función típica (de crédito, de cambio, de garantía) sirve el negocio unilateral. Esto nos permite afirmar que cuando la fuente de obligación es el negocio jurídico, sea bilateral o unilateral, la razón de la eficacia obligatoria del negocio debe buscarse en la función de cooperación inmanente al ajuste de intereses contemplado con el contrato o con el acto unilateral.

Es preciso ahora, delinear el encuadramiento sistemático de la responsabilidad extracontractual e aquiliana teniendo presentes los límites jurídicos de la calificación de "daño injusto" *(damnum iniuria datum)* que la lesión del interés de un miembro de la comunidad asume en cuanto sea "conse-

(272) Así, todavía, algunos individualistas: G. FERRI, *Titoli di credito*, p. 58 y ss.; FUNAIOLI, *Promesse*, cit., p. 27; OPPO, *Profili interpretazione oggetiva*, pp. 127-28, 143.

(273) Cfr. nuestro *Neg. giur.*, p. 260 y ss. y nota 20.

cuencia inmediata y directa" (art. 1.223) de un hecho referible a la esfera jurídica del otro miembro.

Dado un suceso dañoso cualquiera, si se tratase respecto de él de multiplicar los múltiples nexos de causalidad física, psicológica y sociológica operantes en la compleja fenomenología del mundo social, una investigación escrupulosa de lo físico, lo psicológico y lo sociológico llevaría a comprobar una concatenación indefinida de hechos. Pero en el plano social del derecho privado una investigación semejante acabaría por hacer confusa, cuando no imposible, una valoración de una imputabilidad concreta, bien sea por la delicada problemática de la culpa, bien por la indefinida concatenación de situaciones precedentes, unida a la contigüidad e interconexión entre las esferas de intereses de los miembros de la comunidad. De ello se deriva para el orden jurídico la doble necesidad *a)* de fijar un criterio que permita reconocer, en la normalidad de los casos, los términos del nexo de causalidad entre el evento dañoso y otras situaciones socialmente relevantes para la calificación de "daño injusto" (según el criterio de imputabilidad u otro criterio para señalar al responsable) y *b)* de establecer un criterio idóneo para hacer prontamente identificables aquellos intereses que son los únicos que merecen ser protegidos por el Derecho contra una lesión que haya de calificarse como "daño injusto". En general, esta calificación se deduce de un criterio de correlatividad que permite discernir entre los varios intereses que de algún modo resulten perjudicados, aquel o aquellos respecto de los que el hecho lesivo asume la calificación de ilícito (daño) (274) y como tal viene a cargo de la otra parte. Con el primer critero (indicado en *a)* el Derecho disciplina el elemento subjetivo que califica el nexo causal; con el segundo criterio disciplina el elemento objetivo que califica el daño en

(274) Véase, a este propósito, CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, 1926, n. 37, 78-80, quien, sin embargo, discute la reciprocidad entre un criterio y otro; nuestra observación en «Giur, compl. Cass.», 30, 1951, 779; cfr. también, DE CUPIS, *Il danno*, 1946, 286.

lo ilícito privado. Los dos criterios son inseparables uno de otro. Dado que para conocer la responsabilidad de una de las partes frente a la otra es preciso que se haya producido el concurso de ambos criterios en la hipótesis en cuestión, es claro que —una vez comprobado un nexo causal unívoco— se debe investigar si entre el interés lesionado y el hecho lesivo referible a la esfera de la otra parte existe el nexo de correlación por que se demuestra que la protección jurídica está destinada a dicho interés respecto de los hechos de aquel género.

A) No es suficiente un nexo causal cualquiera, incluso anormal e imprevisible, entre el daño sufrido por una parte y el hecho lesivo que se pretende referir a la otra. Es necesario que el nexo causal presente el carácter de adecuación, univocidad y de inmediación que la ley exige para anudar una responsabilidad al acontecimiento lesivo (nos remitimos en esto a los Proleg. § 6).

B) Tampoco puede permitirse una referencia a la otra parte si, junto a la univocidad del nexo causal no se tiene presente la exigencia de calificar el hecho lesivo como ilícito en relación con el interés lesionado. El hecho de la imposición de un gravamen, que en la hipótesis normal de culpa (artículo 2.043) toma la denominación técnica de imputabilidad, no se agota en la comprobación o en la constatación de una pura causalidad física y psíquica sino que proviene de una valoración social y jurídica de los intereses en juego. Se sigue de esto la inescindibilidad del juicio sobre el carácter inmediato y directo del nexo causal del juicio acerca del carácter ilícito del hecho lesivo, es decir, sobre el daño, la "injuria" que eso representa para quien resulta lesionado en un interés propio protegido por el derecho. A la exigencia ineluctable de la calificación de ilicitud responde la fórmula que anuda la responsabilidad aquiliana no ya a todo y cualquier daño causado a otro sino únicamente al "daño injusto" (artículo 2.043). Esta calificación proporciona al intérprete de la ley un criterio de correlación entre la protección jurídica del

interés lesionado y el deber de conservación y de respeto que incumbe a la otra persona cuya actividad es tal que pone en peligro aquel interés.

Acerca del mencionado deber conviene recordar que los deberes de corrección y de prudencia que la necesidad de la convivencia impone en las relaciones entre miembros de la comunidad, aunque no tiene de por sí carácter de obligación jurídica, tienen relevancia jurídica cuando su inobservancia haya originado un "daño injusto", es decir una lesión de la esfera jurídica ajena. Lo que ha de evitarse ante todo es, fundamentalmente, el "daño injusto" no la simple privación de un beneficio ocasional (para el art. 46, inciso 2, de la ley de expropiación por utilidad pública "la privación de algo útil a lo cual no tuviera derecho el propietario no puede ser tenida en cuenta para calcular la indemnización") porque lo que interesa garantir no es la mera conservación de una situación de hecho sino el respeto al derecho ajeno. En el terreno de los principios interesa garantizar un respeto semejante frente al comportamiento (comisión o de omisión) imputable (artículo 2.046); en determinadas hipótesis, sin embargo, se advierte la necesidad de llegar más lejos bien sea presumiendo la imputabilidad en virtud de situaciones objetivas típicas, salvo prueba de disculpa (art. 2.048) en circunstancias de características fuera de lo ordinario (arts. 2.050, 2.053, 2.054) y salvo de modo especial la prueba de caso fortuito (arts. 2.051, 2.052) bien prescindiendo de toda imputabilidad subjetiva (artículo 2.049) para adoptar un criterio objetivo distinto de determinación de la responsabilidad. En las hipótesis que hemos mencionado se parte de la consideración de que la causa o fuente del daño no es extraña a la esfera de actividad de otra persona y por tanto hay que sostener que, en general, está sometida a su poder de control y de prevención. Entre el interés de esa persona a desarrollar libremente su propia actividad e iniciativa y el interés de los restantes miembros de la comunidad en estar protegidos contra los peligros inherentes a tal actividad y en conseguir rápidamente el resarcimiento del daño que de ella se derive, el primero está subordinado

al segundo bien al invertirse la carga de la prueba concerniente a la culpa, o al caso fortuito, bien sea al cargar sobre el designado como responsable la prueba de la medida del control o prevención adoptados (arts. 2.050, 2.053, 2.054) bien al prescindir de toda imputabilidad subjetiva. Entre las diversas hipótesis contempladas (arts. 2.084-2.054) se da una gradación que va desde la hipótesis más próxima a la responsabilidad fundada en la culpa en la que gravita sobre el designado como responsable, si intenta disculparse, la carga de "probar no haber podido impedir el hecho" (art. 2.048) a las hipótesis más alejadas en las que la responsabilidad se anuda al hecho objetivo de que el daño ha sido causado en el ejercicio de una actividad destinada a servir el interés de quien está llamado a responder (arts. 2.049, cfr. 2.050, 2.054, inciso 3). La diferencia de tratamiento entre las dos hipótesis extremas está aclarada por la naturaleza diversa del interés y de la relación de permanente subordinación a la que va unida la responsabilidad en una y otra; allí, el cuidado de la persona o la vigilancia inherente a la misión educativa; aquí, por el contrario, o el provecho de una actividad subordinada o de un aparejamiento técnico. Aquí está plenamente justificado el criterio por el cual *cuius commoda, eius et incommoda esse debent* y los riesgos van unidos a las ventajas (275).

La denominación común de "responsabilidad aquiliana" (276) prescinde de una imputabilidad subjetiva (culpa, en el significado más amplio) suscita el equívoco de que en las hipótesis susodichas se trata de un tipo diverso de responsabilidad que puede ser ligada al nexo causal puro y simple. En realidad, sin embargo, también en dichas hipótesis la determinación del "daño injusto" no es puramente "objetiva" sino fundada en un criterio que *cualifica* el nexo causal y consiste en el hecho de que la fuente del daño no es ajena a la esfera

(275) Véase a este respecto, nuestra *Interpretazione della legge e degli atti giur.*, § 54, 193 y ss.; y literatura allí citada, en notas 27-29.

(276) Para tal denominación véase, por todos, BARASSI, *Teoria gener. delle obbligazioni*, I, § 44, nr. 208, p. 474 y ss.

de actividad que otra persona desarrolla en provecho propio y, por tanto, debe estimarse sujeta, en general, a su poder de control y de prevención.

A semejante poder, el Derecho anuda y coordina cargas y deberes de respeto y de conservación que se concretan y especifican siempre que, por la particular situación de hecho, la actividad de un miembro de la comunidad *pone en peligro* bienes e intereses de otro. De aquí resulta también la diferencia que debe advertirse entre deber negativo de abstención, consiguiente a la posición de exclusión en que se encuentran otras personas respecto de las cosas ajenas (proleg. § 1) o a la esfera ajena de intereses con la que se genera un contacto social (proleg. § 5) y deber de conservación que nace del hecho de poner en peligro esferas jurídicas ajenas, como consecuencia del desarrollo de una actividad que se produzca a riesgo y provecho de quien la ejercita. El deber de conservación que nace de una situación de peligro semejante (lleva consigo el deber de tomar medidas de control y de prevención) no basta para exonerar de la responsabilidad dependiente del hecho lesivo que se produzca después; como en la hipótesis del artículo 1.218, no basta haber observado la diligencia exigida por el artículo 1.176 para exonerar de la responsabilidad contractual.

Cuanto se ha dicho sobre el criterio cualificante del nexo causal en las hipótesis en las que la responsabilidad aquiliana prescinde de una imputabilidad subjetiva se puede encontrar exactamente, a propósito del llamado riesgo profesional (277), que entra por sí mismo en la zona de la responsabilidad o autorresponsabilidad, diferenciándose, sin embargo, claramente del llamado riesgo contractual. Por este último se entiende el riesgo inherente a la pérdida del *commodum obligationis* por imposibilidad, no imputable, sobrevenida de que se realice el ajuste de intereses previsto por las partes;

---

(277) Véase nuestra *Obbligaz.*, vol. I, p. 149 y ss., y, sobre todo, nuestra *Interpretaz. della legge*, cap. XI

el riesgo profesional, por el contrario, se refiere al ejercicio de una profesión y, en general, al desarrollo de una actividad peligrosa para sí o para otros; así por ejemplo, el riesgo inherente a la organización de una empresa o al mecanismo interno de una industria (278). Unicamente debe advertirse que aquí se examina, como razón de responsabilidad, aquel riesgo que debe prevenirse en interés ajeno, en el sentido de que nuestro deber es impedir que el hecho se produzca. Totalmente distinto, por el contrario, es el riesgo que nosotros mismos estamos interesados en evitar; a esto responde el criterio de la autorresponsabilidad por el cual el daño que se produzca es imputable al mismo sujeto interesado y éste no puede pretender que sean otros los que lo soporten. En el caso de riesgo profesional en interés ajeno, la ley no opera en base de una presunción de culpa sino que establece una verdadera y propia atribución de culpa, es decir, una "imputación" del daño a quien lo ha causado o aparece, en la generalidad de los casos, como autor del daño mismo; tal atribución de culpa tiene su justificación en el normal poder de control y de prevención (279) inherente, por ejemplo, al sujeto organizador en cuyas manos están los resortes para el recto funcionamiento de la organización y al que incumbe, por consiguiente, la prevención del daño.

Esta breve reseña de las fuentes de obligación debe ser completada con cuanto se ha dicho sobre el daño aquiliano (sección I) y, además, al hablar de la teoría de la interpretación. En el próximo curso trataremos de las vicisitudes de las obligaciones considerando, sobre todo, la razón de ser de

---

(278) UGO BETTI, *Consid s. forza maggiore*, p. 34 y ss.

(279) Gefahrenbeherrschung» o «Einwirkungsvermögen» dirían los alemanes, designando así un particular aspecto del criterio más general de la «Machtlage»; sobre este punto cfr., sobre todo, MUELLER-ERZBACH, *Wohin führt d. Interessenjurisprudenz?* (1932), p. 11 y ss.; *Priv. Recht der Mitgliedschaft*, spec. p. 3 y ss.; *Rechtwissenschaft im Umbau*, pp. 48-63. Un pequeño intento de aplicación de este concepto de la *Machtlage* al estudio del Derecho romano ha sido hecho recientemente por SEIDL, *D. Machtlage dei den römischen Juristen*, en «Festgabe für Müller Erzbach, pp. 104-116.

las vicisitudes mismas, es decir, ilustrándolas bajo el aspecto del interés típico de la vicisitud, único aspecto que permite darse cuenta de la disciplina legislativa correspondiente; así, de modo particular, para aquellas vicisitudes que van unidas a la misma iniciativa de los sujetos interesados en la relación. Con el fin —repetimos— de captar el sentido de la vicisitud con criterios próximos a la vida es indispensable tener presente que la vicisitud voluntaria, según sea consecuencia de la iniciativa del deudor o del acreedor, o de un tercero, está motivada por un interés típico diferente en uno y otro caso, de la misma vicisitud; interés que la ley toma en consideración y tutela anudando a la iniciativa del interesado un tratamiento jurídico idóneo para la función de circulación del crédito.

PREFACIO

La exposición que sigue sirve para reunir las materias tratadas en un curso de cuarenta y cinco lecciones, del 26 de noviembre de 1954 al 30 de abril de 1955. En la redacción escrita de las lecciones explicadas me fue una ayuda más útil que la masa fluctuante y relativamente exigua de los alumnos mis tres colaboradores: Abogado Giovanni Compagno, Doctor Rodolfo Guzzi y Doctor Rodolfo Schiavoni. La generalidad de los estudiantes está todavía muy lejos de apreciar la función de orientación y el valor formativo de la lección que se recibe directamente de la voz del profesor. Ello induce a la mayoría de los alumnos a una deserción de las explicaciones que compromete gravemente la misión didáctica de las mismas, al menos en las Facultades de Derecho.

Con el presente volumen se completa, aunque sea provisionalmente, la teoría general de las obligaciones, que he basado sobre la idea fundamental de la cooperación.

Emilio BETTI

1.º de junio de 1955.

SECCION TERCERA

II

MODIFICACIONES DE LAS OBLIGACIONES

I. Iniciativa e interés en la modificación de la obligación. II. Sucesión en la relación obligatoria.—III. Figuras de cesión.—IV. Subrogación en el crédito, en la deuda o en el cumplimiento.—V. Asignación y Giro.—VI. Delegación e indicación de pago.—VII. Expromisión y asunción.—VIII. Accesión legal de responsabilidad y sucesión legal en el débito. IX. Novación y asunción novativa.—X. Resolución y Rescisión.—XI. Exclusión y otras modificaciones concernientes al objeto.

§ I

INICIATIVA E INTERES EN LA MODIFICACION DE LAS OBLIGACIONES (*)

Tipos de modificaciones y de intereses en la modificación. Criterios de clasificación: sucesión y accesión; subrogación y conversión; resolución, rescisión y exclusión. Indicación preliminar sobre la diferencia típica entre delegación, indicación de pago, asignación; novación, asunción y expromisión.

Con la expresión "modificación" se designa una situación jurídica concerniente a los sujetos o al objeto, la cual sobreviene durante la vida de la relación jurídica, alternando la situación preexistente señalando una nueva fase en el desenvolvimiento de la obligación, o produciendo su extinción.

En el desenvolvimiento de la relación jurídica las modificaciones que afectan a los sujetos de la relación pueden representar: *a)* una sucesión o una accesión, según que al sujeto preexistente sustituya uno nuevo, o se le yuxtaponga; *b)* una sustitución del sujeto de la relación obligatoria —ya en el lado activo, ya en el pasivo— la cual no se altera en cuanto al resto, por otra parte, a propósito del ejercicio del derecho o del cumplimiento de la obligación (1); *c)* novación de la re-

(*) La traducción y notas de esta parte de la obra ha sido realizada con la colaboración del Prof D. José Manuel de la Cruz Lagunero.

(1) A este propósito se llama, desde este momento, la atención sobre nuestro estudio «Sobre la naturaleza jurídica del giro, de títulos a la orden», en

lación por cambio de sujeto; *d)* como modificación extintiva, la resolución, la rescisión, la exclusión.

Las modificaciones que afectan al vínculo o al objeto pueden dar lugar a una conversión, que se deba a haber sobrevenido una excesiva onerosidad, mora o novación (objetiva), y también puede dar lugar a la extinción de la obligación.

Lo que importa al estudiar las modificaciones que conciernen al sujeto de la relación no es tanto el modo de ser, cuanto el origen de un interés que las impulse y el proceso en que el mismo se desenvuelve (2).

Se precisa, por consiguiente, una consideración no estática, sino dinámica, adecuada a los intereses en juego. Cuando no derive de un hecho —como el llegar a desaparecer un sujeto (en la sucesión) o la satisfacción del acreedor (en la subrogación legal)— el interés en la modificación viene perseguido con una iniciativa que se encamina a producir este resultado. Así la indicación de pago, la delegación, la expromisión, la asunción simple (asunción acumulativa) atienden a provocar la accesión de un nuevo sujeto; pero aparte de este rasgo común, que explica su tratamiento contiguo en los artículos 1.268-1.273, presentan, entre sí, tales diferencias funcio-

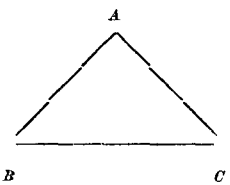
---

la «Riv. dir. comm.», 1926, 565-615, y especialmente 566, 574 y 576: estudio, cuyas conclusiones seguimos sosteniendo, abandonando únicamente la calificación de «indicación de crédito» (6045-609), para sustituirla por la de «asignación» (609, nt. 3), desistiendo de calificar de «originaria» la adquisición (571) del crédito por parte de un tercero que paga por subrogación-adquisición que en realidad es independiente de toda idea de «transferencia» y que se apoya sobre una «delación» del crédito (606-609) que no excluye el nexo derivativo, y por último prefiriendo al término «facultación» (609) el de «legitimación». (Cfr. *Teoria Gend negozio giur.*, § 27).

(2) Como sucede igualmente en otros campos, así en el estudio de una lengua, según la dirección iniciada por W. HUMBOLDT, «Werk», VII, 65 y ss., y continuado por L. WEISGERBER, «Die Sprache unter den Kräften des menschl. Daseins», 2.ª ed., 14 ss., sin que importe tanto sus razonamientos como la energía con que se aduce.

nales que llegan a excluir el que puedan ser colocadas, sin error grave, sobre un mismo plano. Análogamente la cesión de crédito, la cesión de contrato, la subrogación, la asignación, el giro, la asunción privativa (que no sea novativa), persiguen la entrada de un nuevo sujeto en el lugar del precedente, o sea una sucesión en el sentido amplio de una *succesio in locum* (incluso sin sentido derivativo); pero fuera de este trazo común, presentan, por su parte, tales diferencias funcionales, que exigen un tratamiento diferenciado según el diferente interés que se da en la modificación de que se trate.

En general, la modificación concerniente a los sujetos —sea sucesión o accesión, sea subrogación o conversión— se desenvuelve entre tres sujetos, que pueden designarse convencionalmente con las letras *A, B, C,* y la modificación que se desarrolla en una relación triangular entre ellos, se puede configurar, con fines puramente didácticos como un triángulo que tiene por vértice a *A,* sujeto intermedio entre los dos extremos *B* y *C:*



Podemos designar a *A* el sujeto del que parte la iniciativa de la operación, y que es el precedente deudor o el precedente acreedor, según la iniciativa venga asumida por la parte activa o pasiva de la relación obligatoria; delegante, asignante, indicante, subrogante, cedente; por el contrario al sujeto al que aprovecha, caso del deudor antecedente, cuando la iniciativa parte de un nuevo deudor *B:* expromitente, sujeto pasivo de la relación tras la asunción o la novación. El tercer sujeto *C* es el sujeto a cuyo favor va a desplegar sus efectos la modificación: delegatario, asignatario, indicatario, cesionario, aquel cuya deuda asume otro. Quedan fuera del esquema las relaciones extintivas, como la resolución, la exclusión, la res-

cisión: relaciones que tienen un significado totalmente distintos, y suscitan la duda de si se afectan a los sujetos o a los objetos de la relación, en cuanto operan sobre ellas una conversión, parangonable, a la que se deriva de la imposibilidad sobrevenida.

La modificación puede ser observada desde varios ángulos: I) el diferente tipo de intereses que se da en la modificación; II) la cooperación de un tercero; y III) la permanente continuidad de la relación obligatoria según el grado de abstracción que se da.

I) Varios tipos posibles de intereses en las modificaciones de las obligaciones son:

a) el interés en la circulación del crédito, o de la relación contractual, que se opera con su respectiva cesión;

b) el interés en una más rápida circulación gracias a una abstracción de la relación causal, que se opera con una sustitución en la posición de acreedor, mediante la asignación o giro del título con destinatario fungible;

c) el interés en el cumplimiento promovido con la subrogación, regulada con los artículos 1.201-1.203; en particular, como premio al obligado solidario, o subsidiario, que paga;

d) el interés en el cobro, que se obtiene mediante la indicación activa (incluso legal o judicial) de una persona autorizada para recibirlo, con efectos solutorios, en lugar del acreedor *(adjectus solutionis causa)*, art. 1.188;

e) el interés en el pago, perseguido mediante la indicación de pago pasiva (también legal o judicial) de una persona requerida de pago en lugar del deudor (art. 1.269): indicación que puede aparecer acompañada de una asunción de pago, cuando menos, a favor del acreedor; y,

f) el interés en la cooperación de un tercero, sea a través de una asunción de deuda (perseguido con la delegación) sea mediante la transmisión de un crédito (como en la delegación y en la asignación).

II) La cooperación de un tercero está prevista en las operaciones indicadas bajo las letras *d-f*, por parte de quien se presenta como delegado, asignado, indicado (*B* en la relación triangular) y además de la cesión del contrato por la otra parte que se le contrapone (art. 1.406). Se reduce, por el contrario, a una conducta debida tras la notificación, y meramente pasiva respecto del deudor cedido (art. 1.264), o para la parte que no interviene en el negocio en el giro del contrato (artículo 1.407), o por el obligado en el giro de los títulos con destinatario fungible (donde basta que se dé una serie continuada de negocios de giro: artículo 2.008).

III) La permanente continuidad de la relación obligatoria varía según el grado de abstención, que se da, cuando un sujeto sustituye a otro: abstracción que se manifiesta en la limitación que venga a suponer de la oponibilidad de excepciones (ej. 1.271), como también en el debilitamiento de los accesorios derechos de garantía (1.232), o en el diferente modo de operar de un riesgo sobre la relación precedente (Comp. 1.198, 1.267, 1.276). Para comprobar la posibilidad de un mayor o menor grado de abstracción, deben compararse en orden decreciente: el endoso de títulos a la orden (1.193 cpv.), la novación (1.232), la abstracción delegatoria (1.271), la abstracción expromisoria (1.272), la cesión de contrato (1.409), la sucesión en el contrato (1.409), la cesión de crédito (1.263) (3). Compárese también la delegación llamada pura, es decir, abstracta, y la delegación denominada titulada, es decir causal (4).

No puede olvidarse, además, que los diversos criterios de clasificación antes adoptados, pueden interferirse entre sí. Así la accesión se contrapone conceptualmente a la sucesión, pero bien puede configurarse, bajo otro aspecto, como subrogación (en el cumplimiento de la obligación o en el ejercicio del derecho) o como conversión. Igualmente la asunción (y no me-

(3) BARASSI, *Teoria gener. d. obligaz.*, I, n. 91: 301.

(4) RAPPAPORT, *Die Einrede aus dem fremden Rechtverhältnis*, 1904, pp. 125-133; GRECO in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 252-59.

nos la delegación) puede tener carácter acumulativo o privativo (y éste puede ser novatorio o sucesorio) y puede concerner al débito o únicamente al pago.

Una noción elemental que conviene aclarar ya en este bosquejo de introducción es la que se refiere a la respectiva diferencia entre delegación, asignación e indicación (quedando por ahora circunscrito nuestro examen a la delegación e indicación pasivas, en las que es el deudor quien toma la iniciativa, en función del pago, o en razón de hacer una atribución patrimonial en favor de otro). De la "delegación" mantenemos firme la concepción romana, que hace referencia como presupuesto a un deber-tener previamente determinado, y tiene a la vista, como resultado, la asunción del débito.

En la génesis de la situación triadica que la delegación instaura entre delegante (*A*), delegado (*B*) y delegatario (*C*), se debe distinguir: *a)* la iniciativa, el impulso para su formación que reside en el delegante; *b)* el procedimiento, que consiste en un concatenarse de sucesivos actos jurídicos relacionados entre sí (ya que la construcción, propuesta con frecuencia, de un acto jurídico único plurilateral no es apta para comprender el fenómeno); *c)* el resultado previsto en que desemboca el procedimiento. Resultado inmediato que la delegación atiende a provocar: la asunción de un débito; el resultado mediato que la delegación atiende a provocar es, generalmente, una atribución patrimonial que se opera entre la esfera de intereses de un interviniente y la de otro, a través de la cooperación de un intermediario, que es quien asume el débito. La atribución puede tener diferentes causas, tanto en la relación interna, que se llama de valuta, entre el delegante *A* y el delegatario, como en la otra relación entre delegante *A* y delegado *B*, que se llama de provisión, pero que puede tener carácter de gestión y producirse en descubierto: *causa solvendi, credendi, transigendi, ob rem dandi, donandi,* etc. La causa *solvendi* es la hipótesis legal considerada en el artículo 1.268, que deriva del artículo 1.275 del Código de Napoleón, y las doctrinas de POTHIER: de donde resulta que la

delegación continúa, en los tratados corrientes, siendo examinada, aunque erróneamente, como una subrogación en el pago, y sistemáticamente se la estima una causa de extinción, si bien en el derecho de hoy ha perdido valor la máxima *solvit et qui reum delegat*. De todos modos la noción romana de la delegación no ha perdido valor (D. 46, 2, 11; GAYO II, 38): *"vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit"*; y por tanto se mantiene la distinción que hace del *iussum* que tiene por objeto un *solvere*. La prestación debida o tenida en cuenta puede ser autorizada o pedida (mediante *iussum* o *mandatum*), pero no es en modo alguno el objeto de un *delegare*.

2) Conviene distinguir, por consiguiente, de la delegación, que concierne al débito o mal crédito, de quien toma la iniciativa de la modificación, la simple indicación de pago, que —según la exacta definición de POTHIER (5)— concierne sólo a la ejecución de la prestación, designándose su ejecutor (si pasiva) o su destinatario (si activa). Indicación que la rúbrica del Código actual abandonando la exacta formulación del artículo 1.273 del Código de 1865, que se inspiraba en el 1.277 del Código de Napoleón y en las doctrinas de POTHIER, califica impropiamente como "delegación de pago": término equívoco y bueno únicamente para confundir las ideas acerca de las diferencias dogmáticas entre las dos modificaciones (6).

3) Sobre todo en atención al nexo lógico entre delegación y asunción, conviene hacer otra distinción según que quien tome la iniciativa de la operación, tenga o no tenga un crédito a su disposición: ya que en el segundo caso la operación necesita una asunción por parte de un tercero designado y tiende a provocarla, cosa que en el primer caso carece de relevancia. Aquí está la diferencia saliente entre delegación y asignación. La delegación va en busca de una asunción del débito y tiende a provocarla: ya que sin asunción no significa-

(5) *Traité des obligations*, nr. 519; 605; cfr. COVIELLO in «Arichivio Giuridico», 56, 1896, pp. 312-320.

(6) BARASSI sigue otra opinión. *Teor. gen. d. oblig.*, III, n. 255, p: 110:

ría otra cosa que una vana tentativa de aprovechar la cooperación del intermediario (delegado). La asignación, por el contrario, no tiene necesidad de ninguna asunción, precisamente porque supone ya un crédito que se encuentra actualmente a disposición del asignante *A* (frente al asignado *B*): un crédito susceptible de ser transmitido a otro (esto es al asignatario *C*) mediante un negocio de giro, pudiéndose llevar a cabo la asignación en vista de la cooperación debida por el asignado (piénsese en el cheque). Bajo este aspecto la asignación se aproxima a la cesión de crédito, pero sin embargo se diferencia de ella, porque, mientras en la cesión el crédito se transfiere con las excepciones personales oponibles por el deudor cedido al cedente, en la asignación, por el contrario, el crédito se defiere sin necesidad de un nexo derivativo entre asignatario y asignante, o sin que tal nexo tenga relevancia (7). Por lo demás el "crédito a disposición" es un concepto distinto del de "suma a disposición" como sucede en el contrato de apertura de crédito (art. 1.842). Disponibilidad de un crédito significa aquella caracterización por la que el titular de un crédito con destinatario fungible puede, siempre que quiera, transmitirlo a otros, y así operar una sustitución en el lado pasivo de la relación obligatoria. El crédito puede resultar transmitido por diversas causas: *solvendi, credendi, transigendi, dandi ob causam, donandi;* en todo caso el deudor asignado (*B*) está obligado respecto del asignatario (*C*) no en virtud de asunción de un débito del asignante (*A*) frente al asignatario, sino precisamente en función de la misma relación con acreedor fungible que existía respecto de asignado y asignante: y esto en función de una transmisión del crédito al asignatario. La situación es, pues, esencialmente diferente de la que resultaría en caso de indicación pasiva de

(7) Una situación análoga trata POTHIER, «Introd aux coûtumes», XX, n. 85, pero observa «los derechos del antiguo acreedor no pasan siempre al nuevo iguales y con la misma naturaleza que tenían, sino modificados, y como convertidos, según la naturaleza del crédito que resulta del contrato celebrado entre el nuevo acreedor y el deudor».

pago, con la que un deudor señale al acreedor un tercero que (sin ningún constreñimiento, respecto de éste, y sin asumir ninguna obligación frente al indicatario) deba pagar en su lugar.

4) Queda puesto en evidencia que ni asignación, ni indicación de pago operan una novación, en contra de lo que para esta última indicaba el artículo 1.277 del Código de Napoleón; y es igualmente evidente que tampoco supone una novación la asunción en función únicamente del hecho del pago que se opere según los esquemas de la delegación. La novación es un fenómeno de conversión de la relación obligatoria, debida a una sustitución que se opera en el vínculo preexistente, por otro nuevo que lo absorbe, que lo suplanta en tanto en cuanto suprime su objeto, y asume su contenido más elemental consistente en el deber-tener del acreedor (1.230; 1.235) (8).

Ahora bien, tanto la accesión que supone la delegación y la indicación (8 a), como la sustitución, que se opera en la asignación, una y otra, mantienen en su integridad la preexistente relación, y se contraponen conceptualmente a toda idea de conversión de la misma.

5) La asunción de la deuda por un tercero extraño a la relación obligatoria puede suceder, ya a la vista del deudor originario —y entonces se presenta como una asunción en los términos del artículo 1.273 (en caso de no circunscribirse su eficacia únicamente a las relaciones internas) como un contrato a favor del acreedor (1.411) (9)— ya sea en función del acreedor: y entonces o está promovido por la iniciativa del deudor originario, y por consiguiente se configura como un

---

(8) Nuestra «Teor. d. negoc. giur.», p. 258 y ss:

(8 a) Contradictoria es la calificación de «sucesión acumulativa» en sus propios términos, propuesta por CARNELUTTI, *Teor. d. circolaz.*, 1933, 57, not. 1, y recogida por BIGIAVI in «Dir. Prat. comm.», 1942, 131, nt. 1.

(9) Cfr. COVIELLO, in «Arch. Giur.», 56, pp. 321-326; PACCHIONI, «Obligaz.», 2.ª ed., p. 352 y ss.; BARASSI, «Obligaz.», I, p. 324 y ss:

acto ejecutivo de una delegación suya, que lo reclama y lo provoca; o también puede originarse por la espontánea iniciativa del que asume el débito: iniciativa que califica la asunción como una expromisión, y la contrapone con la delegación.

6) Conviene dilucidar en este momento la antítesis conceptual en que se encuentra la expromisión con la delegación.

Lo que caracteriza esta última no es el simple conocimiento, ni el consentimiento que el primitivo deudor otorgue, o haya otorgado a otras transmisiones de ese débito, sino que se caracteriza por la parte activa que él toma en la operación, así frente al delegatario como frente al delegado: iniciativa y parte activa que únicamente son índices de un interés preponderante en la operación de equiparación entre la cooperación (prestación) que el delegante (*A*) espera del delegado (*B*) y la cooperación que él se propone ofrecer al delegatario (*C*) en lugar de la que debe o que tiene preparada. No basta que el primitivo deudor haya llegado únicamente al conocimiento del negocio de asunción, y lo reconozca como conforme con el propio interés y le otorgue su asentimiento. Es preciso que sea él quien toma la iniciativa y, con la iniciativa, el eventual riesgo de la operación frente al delegatario, proponiéndole este modo de regulación del propio débito, y designándole él mismo la persona del nuevo deudor, cuyo ingreso en la relación jurídica está destinado, si no a absorber el débito, sí a hacer subsidiaria su obligación (art. 1.268 en sentido contrario).

El delegante debe pues, y tanto más cuanto que el tercer designado no sea ya deudor suyo, solicitar y obtener del delegado la asunción del débito, de modo que tal asunción se configura como una cooperación determinada por la solicitud y el mandato (o la autorización) del delegante. Unicamente cuando la asunción por parte del tercero sea consecuencia de tal previa iniciativa que da impulso a la operación, se tendrá delegación. Por el contrario cuando falte este impulso previo, y la iniciativa se haya tomado por el propio sujeto

que asume el débito, que, como dice DONELLO (10) *"ultro promittat quod alius debet"*, entonces la asunción espontánea y originada fuera de la relación se configurará como una expromisión.

A veces inexactamente la jurisprudencia ha venido a creer que lo característico de la expromisión era la ausencia del deudor primtivo, mientras que lo característico de la delegación era su presencia. En la práctica no sucede nunca que el deudor primitivo permanezca enteramente ausente y extraño a aquel complejo de operaciones que deberán conducir a liberarlo del vínculo obligatorio. El siempre está interesado en la manera en que esta liberación pueda llegar a producirse. Incluso cuando el tercero interviniente o el acreedor tenga un interés que prevalga sobre el suyo, es natural que uno quiera entrar en contacto con el otro para su práctica, o al menos no sin haber consultado con él. Cuando la iniciativa parte de un tercero e intervenga éste con finalidad de gestión o de mera beneficencia, él querrá normalmente cerciorarse de si la asunción es, o no, grata al deudor (éste podría contemplar desfavorablemente la asunción por las posibles repercusiones desfavorables sobre su crédito).

Si la iniciativa parte del acreedor, lo que también es posible, es obvio que éste al entenderse con el tercero para una expromisión tome las medidas oportunas, a fin de que la operación tenga buen fin y también es natural que se dirija al deudor, ya para verificar la cuantía del crédito, ya para anunciarle el proyecto de expromisión y procurarse su apoyo en los tratos que deban desarrollarse (11).

---

(10) «Opera» ed Lucae, 1764, IV, col. 932 y ss., n. 21; nuestra nota sobre la *Diferencia entre Expromissio y Delegatio en vista de la responsabilidad del delegado*, in «Annuario dir. commpar», VI, 1931, 582-584.

(11) No es exacto el punto de vista de GORLA sobre la intervención de un nuevo deudor en la relación de débito, en «Temi Emiliana», 1933, I, 1: No es verdad que los efectos sean idénticos en la *expromissio* aunque falte una autorización (lo que demostraría que ésta sería inútil). Véase, en contrario, BIGIAVI in «Riv. Diritt. Commerc.», 1938, 152, nt. 2.

En toda esta materia se requiere al intérprete del Código un exacto conocimiento histórico de la tradición jurídica; especialmente la familiarización con las instituciones romanas, como el *ussum* y la noción de su evolución dogmática en el derecho romano común.

Debe observarse la antítesis entre el criterio del art. 1273, que considera normal la asunción en favor del deudor y el criterio del § 329 del Código alemán, que con presunción *iuris tantum* considera normal la asunción simple con efectos limitados a la relación interna. Para la posibilidad de tal asunción véase BIGIAVI en «Foro it.», 1942, I, 917-919. Para la crítica de un punto de vista distinto RESCIGNO, véase antes § VII a las notas 8-10.

§ II

SUCESION EN LA RELACION OBLIGATORIA

1. Sucesión a título particular en la relación obligatoria; diferencias con la sucesión universal.—2. Problemas de la admisibilidad y de los límites de una sucesión a título particular en la relación obligatoria.—3. Diferencia entre sucesión a título particular y sustitución en la relación obligatoria sin nexo derivativo. Crítica de la ficción de una asunción «tácita» o «presunta».—4. Reseña de casos de sucesión en la relación obligatoria y de subingreso sin nexo derivativo: a) venta de cosa alquilada; b) Mezzadria y Soccida; c) transferencia de una empresa con especial atención al curso de las relaciones laborales; d) venta de herencia; e) usufructo de herencia; f) enajenación de cosa asegurada.

1. *Sucesión a título particular en la relación obligatoria; diferencia con la sucesión universal.*—A la accesión, que se configura como el ingreso en la relación jurídica obligacional, de un nuevo sujeto junto a los demás preexistentes, y como consecuencia de ello, toman parte de la misma unos y otros, se contrapone conceptualmente el fenómeno por el cual uno de los sujetos de la obligación (acreedor o deudor) se ve sustituido por otro, que ocupa su lugar en la relación jurídica.

Este fenómeno es común en tres modificaciones de la relación jurídica: sucesión a título universal, sucesión a título particular, subrogación (o subingreso). Para la construcción de una teoría general de las modificaciones de las obligaciones presentan un interés específico la segunda y la tercera

de las modificaciones enunciadas. Es, sin embargo, indispensable considerar también la primera, ya por sí misma, ya como término de parangón con la sucesión a título particular.

Conviene a este propósito recordar que el concepto de *succesio in ius* aparece en el Derecho romano clásico, en el campo de lo que hoy se llama sucesión universal, y que su extensión a la modificación de una relación jurídica, que hoy se llama sucesión a título particular, fue el producto de una doctrina postclásica, que ya se encuentra en la compilación justinianea. Al tratar de establecer un criterio, que nos permita separar los dos institutos, se manifiesta la teoría que reduce la distinción a una diferencia únicamente cuantitativa (en el sentido, esto es, de que la sucesión particular, a diferencia de la universal, es la que concierne a una única relación). Baste citar en contra el hecho, de un lado, de que la cesión de un patrimonio en explotación *(universitas facti)* no representa ciertamente un caso de sucesión universal y por otra parte puede admitirse, en hipótesis de una sucesión hereditaria que se limite a una única relación jurídica. Ello está confirmado por el artículo 588, 2, del Código civil, que no considera decisiva, a los fines de la atribución o de la calificación de sucesor a título universal la simple indicación de bienes determinados por el testador.

La diferencia entre ambos tipos de sucesión se presenta bien clara, por el contrario, en cuanto se trae a la vista la función que ellas respectivamente persiguen, y, especialmente el *problema práctico* que la sucesión universal tiende a resolver, determinado como resulta evidente— por la desaparición de una persona, y que consiste en la provisión a la conservación de las relaciones jurídicas, de que era sujeto, determinando su continuidad por un nuevo sujeto. Problema, éste, organización de sujetos jurídicos, que es evidentemente complementario respecto de aquel otro que el Derecho resuelve con el conferimiento de la personalidad, precisamente por el hecho de que ésta se ve constreñida a extinguirse. Ciertamen-

te, si las relaciones jurídicas no pueden subsistir permanentemente sin sujeto, y si, de otra parte, resulta inaceptable, según una valoración social, el dejar la vida de ellas, o al menos de la mayoría de ellas, sometida a las vicisitudes que pueda venir a sufrir la personalidad de su sujeto, es claro que desaparecido éste, se impone la exigencia de encontrarle un continuador, en la persona de otro sujeto que asuma sus relaciones. Los criterios por los que se determina el heredero varían, naturalmente, de uno a otro derecho positivo. Pero aquí interesa únicamente indicar el título de esta figura de sucesión —en la vocación hereditaria— que comprende la totalidad de las relaciones jurídicas transmisibles que hacen en una persona su término subjetivo, el cual ya ha desaparecido— relaciones que se consideran, en toda su complejidad global, como una unidad.

Por el contrario la sucesión a título particular resuelve el problema práctico de hacer posible a un sujeto el sustituir a otro, en la posición activa o pasiva de una relación jurídica, que en esta última ocupaba; lo que significa, en otros términos, que el problema que aquí tiende la ley a resolver es el de la circulación de los bienes —tratando de obligaciones— de la circulación de los créditos y de los débitos (o de estos y aquellos conjuntamente, como sucede en la llamada cesión de contrato: art. 1.406 ss. C. civ.).

En vista del perfil estructural de ambas figuras (1) resulta evidente que, en armónica coherencia con cuanto se ha observado anteriormente acerca de la función, hay un sujeto, en la sucesión a título universal, que toma el lugar de otro, que ya no existe, a guisa de continuador, gracias a un hecho único y en base de relación calificante unitaria (el título de heredero) que lo legitima. Por el contrario, en la relación a título particular, se verifica únicamente la sustitución de un sujeto por otro en la posición activa o pasiva que éste ocupa en la rela-

(1) Puesta de relieve y quizá exagerada por SROLFI en «Studi Cicu», I, 461 y ss., y en «Studi Carnelutti», III, 605 y ss., 616 y ss. Para su crítica CARIOTTA-FERRARA, *Successioni p. causa d. morte*, I, 35, not. 15.

ción jurídica, ya por efecto de un negocio directo de transferencia, ya por otra razón. El nexo derivativo que caracteriza las dos especies de sucesión frente a otras figuras de modificación que examinaremos más tarde, surge, en una al venir a faltar una persona, y en la otra del negocio o situación de hecho que justifica la adquisición o el traspaso de la posición de parte en la relación obligacional con la correlativa pérdida de la misma posición por el otro sujeto (que transfiere el crédito o respectivamente hace que otro asuma el débito): pérdida que representa aquí el prius funcional de la adquisición en cuanto es correlativa a la misma, pero no ya el prius lógico y cronológico, como sucede con la sucesión universal.

2. *Problema de la admisibilidad y de los límites de una sucesión a título particular en la relación obligatoria.*—La admisibilidad del concepto de sucesión a título particular en las relaciones obligatorias ha sido puesta en tela de juicio bajo la influencia de falsas reminiscencias romanísticas de PACCHIONI (1.ª), el cual estima contradictoria la afirmación de que un derecho (de crédito) permanezca inmutado y conserve su identidad cuando haya cambiado uno de sus sujetos (activo o pasivo). Ello porque no sería posible identificar una relación jurídica entre dos personas prescindiendo de la individualidad de estas, que así formaría parte integrante de la relación misma. La confirmación de tal tesis se invoca en la prohibición de cesión de créditos a los "potentiores" (C. 4, 35, 22) por cuanto se refiere al lado activo de la obligación, y no menos confirmatorio resultaría el hecho de que la sustitución de un deudor por otro afectaría a la garantía del crédito (artículo 2.740) [1], por lo que se refiere al lado pasivo. Caracterizado el crédito como la posibilidad de realizar un valor dado sobre el patrimonio de otra persona (2), el objeto de la

(1.ª) *Obligazioni*, 2.ª ed., p. 328.

(2) PACCHIONI, *Obblig*, p. 330. Para una crítica M. ANDREOLI, *Delegaz. priv. e di pagamento*, en «Riv. Dir Civ.», 1955, 529-94 (errónea, sin embargo, la premisa de que parte en la p. 542 y ss.).

[1] En términos análogos se expresa el artículo 1.911 C. c.

cesión de un crédito no sería sino esta posibilidad de realizar su valor "ejercitando en juicio el derecho del cedente a nombre del cedente mismo", bajo la vestidura de un *procurator in rem suam,* que vendría conferida *ope legis.*

A propósito es de observar que esta teoría de PACCHIONI no es aceptable en el terreno del derecho positivo de nuestros días, pero es conforme con el Derecho romano, el cual, al mantener firme la idea de la inherencia de la *obligatio* a la persona, no admitía la sucesión a título particular en una relación obligacional. Tal deficiencia, respecto a la sucesión en el crédito, había sido obviada por la Jurisprudencia con el remedio de considerar al cesionario como un *procurator in rem suam* respecto del cedente (Gai, II, 38-39), pudiendo así reclamar en juicio contra el deudor como sustituto procesal, haciendo valer un crédito ajeno, pero en interés propio.

Otro medio distinto para llegar al resultado práctico de la transferencia del crédito consiste en verificar una delegación mediante un *iussum* que el acreedor dirige al deudor, para que asuma la obligación frente a una tercera persona. Al hacer esto el acreedor, que da la mencionada orden, pierde su crédito con la ejecución del *iussum* (que tiene la naturaleza de una autorización) por el deudor, el cual, por otra parte, no puede resistirse a ello, teniendo en cuenta que la identidad de la persona del acreedor es jurídicamente indiferente para el deudor, dado que éste no debería, en abstracto, sufrir ninguna desventaja por el cambio del sujeto activo de la relación obligacional, abstractamente considerada (2.ª).

No es preciso apenas hacer notar que por los dos caminos hasta aquí descritos, la necesidad de la circulación de los créditos se consigue de manera indirecta, dado que —mientras con el sistema del *procurator in rem suam* no resulta transferido el derecho, sino solamente atribuido el poder de

(2.ª) Si bien, de hecho, el cambio de la persona del deudor pueda a veces perjudicar los intereses del deudor; hipótesis ésta ya regulada por la citada Ley Anastasiana, C. 4, 35, 22.

ejercitarlo— con el *iussum* se opera una delegación que tiene el alcance de una novación, con el efecto de sustituir una relación jurídica preexistente, que se extingue, por otra nueva. El obstáculo, que había que solventar, ha caído en el Derecho intermedio y moderno, en los que la sucesión particular en el débito no encuentra ya ninguna dificultad (3).

Al estudiar el problema que examinamos —la transmisibilidad de la relación obligatoria— SALEILLES (4), partiendo de la premisa de que la obligación no puede ser escindida en dos relaciones distintas, reconoce que, una vez admitida la relación en su aspecto activo, en realidad se sitúa la esencia de la obligación sobre la prestación que va a ser exigida, atribuyendo a esta un valor por sí, independiente de la identidad de la persona obligada: valor que hace a la prestación misma idónea para circular como tal. Lo que interesa al acreedor, según SALEILLES, es el resultado útil que espera de la prestación, siendo para él, en general, indiferente que la necesidad de cooperar recaiga en el deudor originario, o sobre otro en su lugar. La identidad del deudor interesa al acreedor únicamente por lo que respecta a la garantía del crédito, la cual, según SALEILLES, no puede reconducirse a la esencia misma de la obligación. En realidad debemos observar que, por el contrario, la garantía —entendida del lado activo como espectativa de satisfacción, y el pasivo, como responsabilidad, o sea, sujeción a los efectos perjudiciales que se derivan del incumplimiento (5)— constituye parte integrante de la *relación obligacional;* por lo demás, puesto que la diferencia cuantitativa de la garantía, cuando se produce una substitución en la persona del deudor, tiene una importancia puramente económica, no existen obstáculos en la valoración jurídica, que impone prescindir de ella, en reconocer la permanente

(3) Se recuerda aquí la *Dogmengeschichte* que expone COVIELLO en «Arch. Giur.», 57, 1896, pp. 117-129, y la acertada demostración dogmática dada allí, pp. 130-146; 181-193.

(4) Etude s. l'obligation, n.º 82; BARASSI, *Teor. Oblig.*, I, n.º 85.

(5) Véase nuestra *Teoria gen. oblig.*, vol. II, p. 35.

identidad de la relación obligacional en la que el deudor haya sido sustituido (5.ª).

BARASSI (6), por otra parte, observa que falta una razón lógica que justifique un tratamiento diferente de los créditos respecto de los derechos reales: puesto que no se duda de la admisibilidad de la sucesión a título particular respecto de estos y, consiguientemente, de la identidad del derecho cedido con el adquirido, no se llega a comprender por qué no debe suceder lo mismo para la cesión de créditos.

Consideración aparte merece la tesis de CARNELUTTI (7) el cual explica el instituto de la sucesión, tanto universal como particular con el concepto de la cualificación sucesiva: es decir que en el hecho de surgir un crédito (o correlativamente una obligación) en cabeza del sucesor se fundamentaría sobre el presupuesto de la existencia, en cabeza del predecesor, de otra posición jurídica, la cual, aparte de la diversidad del sujeto, sería enteramente idéntica; de esta manera el derecho (o la obligación) del sucesor estaría cualificado por el de su causante, extinguido en virtud de la cesión. Tal construcción no nos parece idónea para representar exactamente el fenómeno de la sucesión, que resulta sustancialmente negada en cuanto se dude de la identidad de la relación (como hace CARNELUTTI) antecedente con la consiguiente. Por otra parte, siguiendo la tesis de CARNELUTTI, no se comprendería la sustancial diferencia existente entre la sucesión y la novación, en la que, a diferencia de la sucesión, se produce la sustitución de una relación obligacional por otra preexistente que tiene el mismo objeto.

La diferencia que hemos examinado entre la sucesión a

(5.ª) Para la admisibilidad, G. STOLFI, in «Riv. trim. dir. proc: civ.», 1948, 733 y ss. La posición de BIGIAVI es de perplejidad manifiesta en «Dir. e prat. comm.», 1942, 71-86; especialmente 75 y ss. Debe rechazarse el infeliz recurso de la *fictio iuris* (utilizado por CARRESI, *Cessione d. contr.*, 15 y ss., 21 y ss.).

(6) *Teoria gen oblig.*, I, p. 283.

(7) *Teoria gen. del diritto*, 2.ª ed., p. 180.

título universal y la sucesión a título particular tiene una relevancia práctica. Basta considerar que la sucesión particular en un relación jurídica dada no llega a abrazar aquellos derechos y obligaciones que, si bien han tenido su origen en aquella relación, sean la consecuencia de hechos ya ocurridos antes de la enajenación o cesión que la produjo. El principio por el que los hechos jurídicos no pueden producir los efectos propios más que para el porvenir —esto es cuando han sido puestos *in actum*— y nunca para el pasado (principio de la irretroactividad de los hechos jurídicos) se aplica también a la cesión de créditos y a la asunción de obligaciones, respecto del efecto que le es propio: producir una sucesión en una relación jurídica determinada. Esta relación resulta transmitida al adquirente en el estado en que se encuentra en cabeza del cedente en el momento de la cesión, pero sin los derechos y obligaciones a que anteriormente haya dado vida, y de los que por entonces se haya separado por completo, entrando a formar parte del resto del patrimonio del causante. Puesto que si lo que constituye el objeto de la obligación es sólo la relación, tal como se encuentre actualmente, es natural que los derechos y obligaciones, que aunque hayan sido originados por la misma, pero actualmente separados, no puedan entenderse transferidos (o asumidos) al causahabiente conjuntamente con la relación misma, por el solo efecto de la cesión. Por el contrario, cuando se trata de sucesión universal no importa ya distinguir entre los efectos pasados y los futuros de la relación transmitida: porque aquí, al producirse una substitución unitaria en el complejo de las relaciones jurídicas del difunto, se substituye en todos los derechos y obligaciones tal como estaban en su esfera jurídica, con tal que sean transmisibles.

Para que la sucesión a título particular se extienda a derechos y obligaciones así formados, se precisa que ellos también —y no sólo la relación que les dio origen— formen el objeto de cesión o de asunción: se precisa, pues, que el cedente transfiera también aquellos derechos, o correlativamente, le haga asumir aquellas obligaciones, confiriendo en

consecuencia al negocio una extensión mayor y una eficacia retroactiva. Si esto no fue dispuesto en el acto de enajenación (y a tal fin no es suficiente una de las acostumbradas cláusulas de estilo) no es de admitir que aquellos derechos hayan sido transferidos o que aquellas obligaciones hayan sido asumidas (8).

3. *Diferencia entre sucesión a título particular y sustitución en la relación obligacional sin nexo derivativo. Crítica de la ficción de una asunción "tácita" o "presunta".*—De la sucesión, sea universal o particular, debe distinguirse netamente aquel tipo de modificación de la obligación que se designa con el nombre de subrogación, y que consiste en el subingreso de un sujeto en la posición jurídica ocupada anteriormente por otra persona (o cuando menos a él destinada) sin que el título jurídico del sujeto que subingresa esté necesariamente unido al título del anterior sujeto. En la subrogación se encuentran, por tanto, las siguientes características esenciales (9):

a) el fenómeno de subingreso por el que un sujeto toma la posición jurídica de otro, en una determinada relación jurídica;

b) la permanente identidad de la relación jurídica: identidad, se entiende, en la medida en que debe tener lugar el subingreso (característica, ésta, común con la institución de la sucesión);

c) la no necesidad de un nexo derivativo entre el título jurídico del sujeto antecedente y el del que subingresa.

---

(8) Una justificación del principio de irretroactividad de los hechos jurídicos, así como la crítica del concepto de asunción tácita se encuentran en nuestra nota a la sentencia del Tribunal de Mantova, 6 de junio de 1929: *Se il debito de la tasa di consolidazione passi con la vendita della proprieta nuda*, in «Riv. dir. comm.», 1930, II, p. 174 y ss. Contra la asunción presunta también FERRARA, *Teor. giur. d. azien.*, 1948, 131.

(9) «Riv. dir. comm.», 1927, p. 566 y ss.

Este último elemento diferencia, como es evidente, esencialmente la subrogación de la sucesión y esencialmente —como nos conviene poner de relieve con particular interés— de la sucesión a título particular, en la que la adquisición de la posición jurídica (activa o pasiva) en cada sujeto tiene constantemente un carácter derivativo, y deriva normalmente, pero no necesariamente, de un negocio jurídico que tiene por objeto una transferencia entre el adquirente y el sujeto que ya ocupaba tal posición. La subrogación, por el contrario, es una modificación de la obligación por la que la Ley defiere el crédito sin que su traspaso haga referencia directamente al hecho de un negocio jurídico traslativo, sino en virtud de situaciones de hecho que hacen útil tal modificación para atemperar intereses en conflicto, que analizaremos examinando los varios casos de subrogación prevista (§ IV, sub. 1).

Nos parece necesario en este punto, precisar que la diferencia entre sucesión y subrogación resulta obscurecida por los que creen que pueden explicar el fenómeno de la sucesión en la posición jurídica ajena cuando no se produce como consecuencia de un negocio de enajenación, de cesión o de asunción, operando con el concepto de una asunción (o de una transferencia) tácita o presunta. No volveremos en esta ocasión a demostrar lo absurdo y vacío de esta teoría (10) —que sin ningún fundamento ha pretendido alguno basarla sobre el artículo 1.127 del Código civil —de la tácita transmisión de los débitos. Después de la agotadora refutación que de ella hizo NICOLA COVIELLO en el año 1896 (10ª), la teoría debería considerarse definitivamente superada; y no deberían existir, hoy en día, fórmulas privadas de claridad o vacías de contenido como la de "tácita asunción" o la de "presunta transmisión" del debido. Fórmulas, éstas que, aun cuando no sirvan para suplantar la verdad con la ficción, son buenas

(10) Véase nota citada en «Riv. dir. comm.», 1930, II, p. 184.

(10.ª) *Della successione nei debiti a titolo particolare*, in «Archivio giur», 1896, 56, p. 334 y ss.; 57, pp. 133-166; cfr. 104-200.

para obscurecerla y para confundir las ideas. Ciertamente estas construcciones no son otra cosa que el fruto de una aplicación del superado dogma de la voluntad, cuyos secuaces, no pudiendo coherentemente admitir que se produzcan efectos jurídicos sin la concurrente voluntad de los interesados, vienen obligados a servirse de expedientes —como los de la voluntad presunta o, en nuestro caso, de la asunción presunta o tácita— donde pueda encontrarse una razón justificadora de las modificaciones sufridas por las situaciones jurídicas y no elevadas por la ley a la categoría de negocios.

Debe observarse por fin que esta opinión —además de manifestarse apoyada sobre una ficción (es tan cierto que, si realmente se estuviese en presencia de una presunción de voluntad, debería admitirse la prueba contraria; lo que, por el contrario, se excluye sin ningún género de duda)— impide la recta calificación de los casos en que se verifica un cambio de sujetos de las relaciones obligacionales, así como la exacta identificación de sus respectivos efectos jurídicos. La distinción entre los conceptos de sucesión y de subrogación es necesaria para el intérprete, dado que, cuando se verifique la primera, no puede hacerse por menos de indagar el contenido del acto de transferencia (o de asunción) con el fin de establecer los límites dentro de los cuales se ha producido la sucesión, mientras que, por el contrario, un examen similar carece de sentido en el caso de subrogación.

4. *Reseña de los casos de sucesión en la relación obligacional y de subingreso sin nexo derivativo: a)* Venta de la cosa arrendada; *b)* Mezzadria y soccida; *c)* Transmisión de empresa con particular atención a las modificaciones que sufren las relaciones de trabajo; *d)* Venta de herencia; *e)* Usufructo de herencia; *f)* Enajenación de la cosa asegurada.

Conviene hacer una reseña de las hipótesis en que se produce un cambio en la titularidad del crédito o en la posesión pasiva de la relación obligacional, con el fin de distinguir los casos de sucesión de los de subrogación. Tal examen será desarrollado teniendo presente los intereses en

juego, que han tenido en consideración las soluciones legislativas (11).

a) Venta de la cosa arrendada.

Según lo dispuesto por los artículos 1.599 y siguientes (especialmente 1.602) C. C. puede advertirse que en los casos de venta de la cosa alquilada puede, a veces, producirse una sucesión a título particular, o también una subrogación en la relación contractual. Pongamos de relieve, de paso, como la ley ha tenido en cuenta el hecho de que en el arrendatario falta cualquier interés para oponerse a que la relación contractual pueda pasar del enajenante al adquirente de la cosa (más bien existe un interés del arrendatario en que tal modificación se verifique sin influir sobre la existencia de la relación, lo que es indispensable para poder continuar gozando de la cosa); así consigue que, con limitación a los sucesivos causahabientes a título particular en la propiedad de la cosa arrendada, la relación de arrendamiento se presente como susceptible de sucesión sin el consentimiento del locatario. En la hipótesis indicada, como en otra, análoga en sus efectos, por la que el adquirente se haya obligado frente al enajenante a respetar el arrendamiento en curso, se verifica una sucesión a título particular en la relación contractual [2].

Faltando la cesión (o la asunción de la obligación de respetar el arrendamiento en curso), de una rígida aplicación de los principios derivaría la consecuencia de que la relación de obligación debe continuar entre los dos contratantes originarios (lo que supone la imposibilidad, para el arrendatario, de continuar obteniendo la satisfacción de su derecho en for-

(11) Véase la reseña de hipótesis de sucesión a título particular en la deuda de N. Coviello, en el citado estudio, en «Archivio giuridico», 57, pp. 147-180.

[2] En sentido muy diferente, de orientación claramente individualista, el artículo 1.571 del C. c. español, cuya aplicación ha quedado muy reducida por la entrada en vigor de otras Leyes con más clara conciencia social como la Ley de Arrendamientos Urbanos y la Ley de Arrendamientos Rústicos.

ma específica; v. art. 1.601 Código civil). para obviar este grave inconveniente la ley dispone, en consideración al interés del arrendatario, que el adquirente de la cosa se subrogue en la relación de arrendamiento, aunque el contrato tenga una fecha cierta anterior a la enajenación de la cosa o, en defecto de este requisito, cuando la posesión del arrendatario sea anterior a la transmisión (en este último caso el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento únicamente por el tiempo establecido para los arrendamientos de duración indeterminada: artículo 1.600 del C. C. [3]. Apenas resulta necesario advertir que nos encontramos en presencia de hipótesis de surogación legal en una relación jurídica.

El artículo 999 del C. C. resuelve el problema análogo que se plantea para los arrendamientos concluidos por el usufructuario y que se hallen vigentes al tiempo de la cesación del usufructo, en el sentido de hacer subrogarse en la relación al propietario, aunque sea con ciertos límites y con subordinación a la condición de que los respectivos contratos hayan sido redactados en acto público o en escritura privada con fecha cierta [4]. En este caso, al ser determinada por un hecho la cesación del usufructo (muerte del usufructuario, vencimiento del término) y no por un negocio resulta, es indudable que se está en presencia de un fenómeno de subrogación; lo que justifica las limitaciones de orden temporal (en general, hasta un máximo de cinco años a contar desde la extinción de usufructo; si esta sucede por vencimiento del plazo, los arrendamientos durán sólo el año en curso y, tratándose de fundos rústicos, un bienio o trienio, según los casos). Las limitaciones impuestas a la obligación del sujeto que subingresa no tendrían sentido, ciertamente, si se tratase de una sucesión a título particular; se explican, en cambio, porque la ley conserva un margen de libertad mayor en el tratamiento

[3] En el Código civil español se determina separadamente la duración de los arrendamientos rústicos y urbanos por tiempo indeterminado, respectivamente, en los artículos 1.577 y 1.581.

[4] Código civil, artículo 473; L. A. U., artículo 57 in fine, y 114, n. 12; L. A. R. (de 15-III-1935), artículo 9.º, p. 4, y D. 29-IV-1959, artículo 9.º y 104.

jurídico de la relación obligacional en los casos de subrogación, dado que en ellos no existe un negocio translativo del crédito (11 a).

b) Mezzadria y Soccida.

El artículo 2.160 del C. C. para el caso de que se transfiera el derecho a disfrutar de un fundo, dispone que el adquirente subentra en la posición del concedente originario en la relación de mezzadria. Esta norma está dictada evidentemente, como se ha visto al estudiar el supuesto de arrendamiento, por la necesidad de asegurar para el futuro una efectiva actuación de la relación, lo que requiere que la posición jurídica del concedente corresponde a quien tenga el derecho de propiedad o de disfrute del fundo. Sin embargo, el mezzadro tiene la posibilidad de limitar sustancialmente el alcance de esta modificación, mediante la declaración de su voluntad de dar por rescindida la mezzadria (que surte efectos al final del año agrario en curso, o del año sucesivo, si esta decisión no se comunica al adquirente en los tres meses antes de la la terminación del año en curso). El ejercicio de la facultad de resolver la relación de mezzadria no se subordina a la existencia de una justa causa, sino que depende de la apreciación subjetiva de su titular, al que la ley encomienda la valoración de la oportunidad o conveniencia de mantener la relación de mezzadria con el nuevo adquirente. La ratio de esta norma se comprende fácilmente si se tiene presente que, a diferencia de lo que sucede con el arrendamiento, el cambio de la persona del concedente puede comprometer el funcionamiento operativo de una relación que, como la mezzadria, presenta una estructura subjetiva y se funda sobre la recíproca confianza.

El párrafo 2.º del artículo 2.160, que venimos comentando, regula la suerte de los créditos y los débitos del concedente frente al mezzadro, subsistentes en el momento en que se verifica el subingreso del nuevo concedente, disponiendo que

(11.ª) Cfr. AMBROSINI, *Emptio non tollit locatum* (1926), n. 49, pp. 89-95.

éste entre en la titularidad de tales créditos y deudas si son resultantes de la existente relación de aparcería, manteniendo, en cuanto a las deudas, al originario concedente como subsudiariamente obligado. La modificación prevista por esta norma —sin la que los créditos y las deudas, aplicándoles cuanto se ha dicho sobre la irretroactividad de los hechos jurídicos, deberían permanecer en cabeza del originario concedente —se explica al considerar la inherencia de tales derechos y obligaciones a la relación de aparcería, y teniendo en cuenta que en la llamada libreta colónica solamente pueden ser anotados "los créditos y las deudas de las partes, relativos a la mezzadria"— artículo 2.161, párrafo 2.º del C. C. También este subingreso en los créditos y deudas se configuran como un caso de subrogación y no de sucesión a título particular, no requiriéndose ni cesión, ni asunción, dado el automático modo de producirse con que se presenta.

Disposiciones enteramente análogas se contienen en el artículo 2.177 para los casos de transmisión de la propiedad o de un derecho de goce sobre los ganados dados en régimen de socida, con la única variante de que el socidario puede ejercitar únicamente la resolución si la transmisión tiene por objeto la mayor parte de los animales, ya que en caso contrario, la dirección de la empresa continúa correspondiendo al originario concedente.

c) Enajenación de la empresa.

También en la hipótesis de la enajenación a título particular de una empresa la ley disciplina por separado, en los artículos 2.558 a 2.560, las modificaciones de las relaciones contractuales en curso de ejecución, y por otra los créditos o las deudas. El artículo 2.558 prevé el subingreso del adquirente en las relaciones contractuales estipuladas en el ejercicio de la actividad empresarial y que no tengan carácter personal. Estamos en presencia de una sucesión a título particular, puesto que la modificación se produce únicamente sino se ha pactado lo contrario. En este caso, por consiguiente,

la ley opera con una interpretación típica de contrato de enajenación de empresa, y adopta una solución que se justifica al pensar que, como *id quod plerumque accidit,* las relaciones contractuales en curso "entran" en el contenido del negocio de enajenación (§ VIII, nt. 7-10).

Esta norma constituye por otra parte, una derogación al principio sancionado por el artículo 1.406, en cuanto se da la posibilidad de actuar una cesión de relación contractual sin el consentimiento de la otra parte. Sin embargo, el alcance de tal derogación —que se funda en la inherencia a la empresa de tales relaciones, que según la opinión social es aún más intensa que la que hemos encontrado en la mezzadria, encuentra sus límites en la justa consideración del interés que tiene la otra parte en la relación jurídica, para la que no puede ser indiferente el cambio de titular de la empresa. No es que en tal hipótesis se conceda al tercero contratante el poder de oponerse a la modificación y seguir conservando su relación con quien trasmitió la empresa: tal solución ni siquiera ha sido tomada en consideración, por la evidente falta de interés por falta del tercero contratante para sostener una relación jurídica con quien se ha privado del complejo de medios necesarios para su actuación (piénsese, por ejemplo en un contrato de obra y en la cesión de la empresa del contratista). El párrafo 2.º del artículo 2.558 dispone que el tercero contratante puede rescindir su contrato dentro del plazo de tres meses a partir del momento en que tenga noticias de la enajenación, si existe una justa causa (Cfr. § X, sub 3), dejando a salvo en este caso la responsabilidad del enajenante.

Surge en este punto el problema de si la justa causa, a cuya existencia se subordina la eficacia de la resolución —faltando las razones que justifiquen la solución contraria que se adopta para la mezzadria— pueda invocarse cuando la posición patrimonial del nuevo titular de la empresa no ofrezca suficiente garantía para el tercero contratante. Sostenemos que no puede defenderse la solución afirmativa, ya por que en el caso

de incumplimiento dicho tercero puede, a nuestro parecer, dirigirse contra el cedente (dado que en este caso la cesión de la relación se ha producido sin su consentimiento; arg. ex artículo 1.406 y 1.408, párrafo 2.º, y otro tanto ex art. 2.560, párrafo 1.º), ya por que la modificación que examinamos podría verse comprometida si hubiera de verse siempre sometida a un examen comparativo entre las posiciones económicas de cedente y cesionario, ya que, por último, la norma sería interpretada en un sentido que vendría a atribuir una solución evidentemente tortuosa e inadecuada, como la de autorizar la rescisión y hacer responsable al enajenante en función de un incumplimiento meramente eventual. Por tales razones debe sostenerse que el poder de resolver por justa causa sea atribuido al tercer contratante, únicamente a la vista de su inidoneidad para gestionar la empresa por defecto de capacidad técnica o de capacidad organizativa o también en el caso análogo en el que la identidad del titular de la empresa haya sido determinante para la conclusión del contrato. Esta tesis nos parece confirmada por la constatación de que, coherentemente, el derecho de resolución viene también atribuido en los casos en que falta el interés que justifica una comprobación de la suerte de la modificación introducida en la relación jurídica, a causa de la imposibilidad de continuarla efectivamente con el nuevo sujeto (Cfr. § X, sub 3).

Una aplicación particular de los principios expuestos hasta el momento se contienen en el artículo 2.610 del C. C. que contempla la participación de la empresa en consorcios constituidos para la coordinación de la producción y de los cambios previendo para el caso de que exista justa causa un poder de exclusión (más adelante § XI, sub 1) del adquirente por decisión de los demás consorciados.

Por lo que se refiere a los créditos de la empresa cedida, no habiendo previsto la ley, como hace para la mezzadria, el subingreso automático del adquirente, la transmisión se verifica como consecuencia de los adecuados negocios de cesión. Sin embargo, derogando los artículos 1.264, 1.265 del C. C. el

artículo 2.559 del mismo dispone que la cesión tiene efecto frente al deudor y frente a terceros, desde el momento de la inscripción de la transmisión de la empresa en el registro de empresas, dado que, según la apreciación corriente y la práctica de los negocios, conjuntamente con la enajenación de la empresa se verifica la cesión de los créditos respectivos. Esta norma tiene presente el interés del adquirente, tutelándolo frente al deudor y frente a terceros, incluso en caso de que falte la notificación o la aceptación de las cesiones que podrían ser más dificultosas a causa de la multiplicidad de créditos con la consiguiente dificultad para su circulación.

La formulación del artículo 2.560, que disciplina las deudas relativas a la empresa cedida no puede considerarse muy feliz, ya que puede observarse que el primer párrafo, al excluir la liberación del enajenante de las deudas que hubiera contraído, si falta el consentimiento de los acreedores, hace pensar que la responsabilidad solidaria del adquirente surge únicamente *ex lege,* al no hacer ninguna mención al negocio de asunción (12). El intérprete, sin embarggo, no puede dejar de tener en cuenta el hecho de que el adquirente está llamado a responder de las deudas en el segundo párrafo para el caso específico de transferencia de la empresa comercial y subordinadamente a la condición de que los créditos resulten de los libros de contabilidad, cuya llevanza impone la ley. En esta hipótesis la modificación de la relación jurídica responde a la orientación de que, según la apreciación social corriente, la garantía de las deudas viene dada por el complejo de bienes de la empresa. Puede ser, por el contrario, discutible el criterio por el que el sujeto que transfiere la empresa sigue quedando obligado, principalmente, y no de modo subsidiario, como más exactamente se dispone para la mezzadria y para la socida (art. 2.160, 2.177 C. C.). Pero en cualquier modo se advierte que todo ello se dirige a obtener la más enérgica

(12) Sobre esta problemática hemos de volver más adelante, en el § VIII de esta sección de nuestra *Teoria.* Cfr., en otra dirección, Rescigno en «Banca, borsa...», 1954, 231.

tutela de los acreedores de la empresa. Por consiguiente, el primer párrafo del artículo 2.560 no puede interpretarse más que en el sentido de presuponer una asunción yuxtapuesta de la deuda que determina el hecho de que el adquirente de la empresa llegue a subentrar en la preexistente relación de obligación (o también la sucesión a título particular en la deuda, siempre que los acreedores consientan la liberación del enajenante). Estas consideraciones, por otra parte, ponen en evidencia lo superfluo de dicha disposición, al estar esta hipótesis ya directamente regulada por el artículo 1.273, párrafo 2.º y 3.º del Código civil.

Algunas reglas particulares se establecen en el artículo 2.112 C. C. para las relaciones de trabajo en que intervenga la empresa transferida. En este caso, la consideración del esencial interés de los trabajadores en la continuidad de la relación, no menos que el estricto nexo funcional que se establece entre la hacienda y las prestaciones de trabajo de sus dependientes, que constituyen su organización (13), sugiere la conveniencia de adoptar una solución esencialmente distinta de la prevista por el artículo 2.558, párrafo 1.º del C. C. para las relaciones contractuales en general. Para las relaciones de trabajo, en efecto, dispone la ley que el adquirente de la empresa subentra sin ningún otro requisito en la posición jurídica de su causante, e impide la posibilidad de evitar este efecto en la transmisión de la empresa, efecto que debe conceptuarse entre los casos de subrogación legal [5]. En este punto nos conviene destacar que el texto del párrafo 1.º del artículo 2.112, según el cual el contrato de trabajo continúa con el adquirente "si el enajenante no lo ha dado por terminado en tiempo útil, no debe desorientar al intérprete, ya que esta fuera de duda que el hecho de dar por terminada esta

(13) GIORDANO, *In tema di successione nell'impresa e nei raporti di lavoro inerenti al suo esercizio*, en «Riv. gurispr. lavoro», 1950, II, p. 200 y ss.

[5] Esta es la calificación legal de la figura en el Derecho español. Artículo 79, Ley de Contrato de Trabajo.

relación (acto de rescisión) constituye el ejercicio de un poder que corresponde, en todo caso, a cada una de las partes de la relación de trabajo constituida por tiempo indeterminado (art. 2.118 C.C.); ello no supone, en efecto, una derogación respecto del modo de verificarse la modificación de la relación jurídica que estamos examinando. Por consiguiente la alusión al hecho de que no se haya producido un despido en tiempo útil nos parece enteramente superfluo, siendo obvio que el subingreso puede afectar únicamente a las relaciones contractuales en curso, y no a las que se habían extinguido con anterioridad al acto de enajenación de la empresa (13 a). Añadamos que la alusión a la posibilidad de despido puede hacer surgir, dada su formulación, una duda sobre su aplicabilidad a la relación de trabajo por tiempo determinado: lo que debe excluirse (13 b).

El inciso final del párrafo que examinamos dispone que el trabajador conserva los derechos de antigüedad que hubiese ganado con anterioridad a la cesión de la empresa. Esta precisión es muy oportuna, ya que si hubiese faltado, el intérprete debería haber tomado como buena la solución contraria en homenaje al principio ya indicado de la irretroactividad de los hechos jurídicos. Ciertamente estos derechos, que el trabajador conserva (y las correspondientes obligaciones en que subentra el adquirente de la empresa), constituyen entidades distintas de la relación de trabajo, de la cual se han separado desde el momento de nacer. Bajo el perfil social en que se inspira esta norma que involucra en la transmisión de las relaciones de trabajo estas otras relaciones, debemos pensar

---

(13 a) En este sentido véase, además, Cass. 21 de mayo de 1961, n.º 1.200, en «Mass. giur. lav.», 1951, 136: «El principio de la continuación de la relación de trabajo tiene por presupuesto que la relación misma esté en vida en el momento en que se opera la transformación o el traspaso».

(13 b) En este sentido se ha pronunciado acertadamente la Corte di Cassazione (sen. 30 junio 1950, n. 1.864, en «Riv. giur. lav.», 1950, II, 355): «El trabajador tiene derecho al reconocimiento de la duración del contrato, en el caso de que éste haya sido estipulado a término con el precedente titular de la empresa»

que merecen plena aprobación, al evitarse de este modo al trabajador el perjuicio de perder, sin ninguna razón plausible, todos los derechos que derivan de haber alcanzado alguna antigüedad dentro del servicio (14).

El párrafo 2.º del artículo 2.112 del C. C. dispone que el adquirente de la empresa está obligado solidariamente con el enajenante a la satisfacción de todos los créditos que el trabajador tenga por razón del trabajo prestado en el momento de la cesión, comprendidos los que encuentran su causa en el despido por el enajenante. Tal obligación, destinada a tutelar el interés en la satisfacción de los créditos de trabajo, surge, además del caso previsto en la hipótesis del párrafo 2.º del artículo 2.560 del C. C. (deudas que resultan de los libros de contabilidad), también cuando las deudas resulten de la libreta de trabajo o, en todo caso, cuando el adquirente haya tenido conocimiento de ellas en el momento de la transmisión de la empresa. Entre tales deudas merece especial atención la que respecta la indemnización de la antigüedad. Si en el momento de la transmisión la relación de trabajo se había extinguido ya, es indudable la aplicación del párrafo 2.º del artícuo 2.112 de C. C., tratándose de un débito que no existía ya en cabeza del enajenante. El caso contrario sucede en la hipótesis del primer párrafo del mencionado artículo, con la consecuencia de que el adquirente de la empresa subentra, también, en la obligación de responder conjuntamente, en caso de resolución de la relación de trabajo, a la indemnización ya indicada que se calcula en base a los años de servicio que se hayan prestado también al enajenante. Dado que esta modificación de la relación excluiría completamente la obli-

(14) Entre los derechos que el trabajador conserva recordamos: *a)* a la conservación del puesto por seis meses, o también por tres, en caso de enfermedad o de accidente, cuando la antigüedad de servicio haya superado los diez años (art. 6, p. 4.º, R. D. L. 13-11-1924, n. 1.825; véase también el p. 5.º con vistas a la medida de la retribución durante el período de interrupción del servicio); *b)* el derecho a un mayor período de vacaciones en relación con la mayor antigüedad alcanzada (art. 7 del R. D. L. cit.); *c)* el derecho a un mayor período de preaviso (art. 10).

gación del enajenante frente al trabajador, somos del parecer que, por cuanto concierne a esta indemnización relativa al servicio prestado al propio enajenante, debe ser aplicado el párrafo 2.º del artículo 2.112 con la consiguiente responsabilidad solidaria del enajenante y del adquirente de la empresa, tratándose de una deuda que madura día a día. En caso contrario el titular de una empresa tendría la posibilidad de hacer prácticamente imposible al personal dependiente la efectividad de tal idemnización, cediendo la empresa a una persona insolvente o cargada de deudas. En tal hipótesis, en efecto, sería también problemática la admisibilidad de la acción revocatoria, la cual presupone la responsabilidad del enajenante que, por el contrario, en el caso que examinamos, desaparecería por efecto de la enajenación.

Se observa, por último, que en la hipótesis de transmisión de empresa, tanto el artículo 2.560, párrafo 2.º, como el artículo 2.112, párrafo 2.º no disponen la subrogación del adquirente en la posición de deudor ocupada por el enajenante —como sucede en la mezzadria y en la socida—, sino la "accesion" *ex lege* a la preexistente relación de obligación, dado que el enajenante sigue obligado en vía principal (más adelante § VIII).

d) Venta de herencia.

Mientras para el Derecho romano con la *in jura cessio hereditatis* se consigue el efecto de hacer subentrar un nuevo sujeto en la relación de sucesión según el Derecho vigente, la venta, donación o cesión de herencia determina el traspaso al adquirente (donatario o cesionario) de los derechos singulares y separados que corresponden al llamado, el cual deviene heredero por el hecho mismo de la enajenación, siendo esta considerada por la ley como una forma de *pro herede gestio* (art. 477 C. C.) [6]. Estamos por consiguiente en presencia de una sucesión a título particular.

[6] Aspecto regulado en el artículo 1.000 C. c.

Por cuanto se refiere a los bienes hereditarios, el artículo 1.546 del C. C. dispone que "el comprador, si no existe pacto en contrario, está obligado solidariamente con el vendedor a pagar las deudas hereditarias". También en este caso la ley opera con una interpretación típica del contrato de venta de herencia, fundándose en la constatación de que, en la normalidad de los casos, si no se pacta otra cosa, el objeto del contrato está formado por todos los elementos activos y pasivos de que consta el patrimonio hereditario. En el mismo sentido tiene que citarse lo dispuesto en los artículos 1.544 y 1.545 del C. C.: el primero obliga al vendedor a reembolsar al comprador los frutos de la herencia ya percibidos, los créditos ya cobrados, el precio de los bienes ya vendidos [7]. El segundo, por el contrario, regula en sentido inverso lo relativo a las deudas y cargas de la herencia ya satisfechas por el vendedor [8].

Se debe, por lo tanto advertir en esta modificación de las deudas hereditarias el fruto de una asunción que produce la accesión de un nuevo deudor junto a la preexistente relación obligacional o también una sucesión a título particular en la deuda, caso de que se produzca la liberación del originario deudor (art. 1.273, párrafo 2.º). En efecto, dejando a salvo la eventualidad de un pacto en contrario, el artículo 1.546 pone en relación la modificación de la relación obligacional con el acto de autonomía privada que llevan a cabo las partes el celebrar el contrato de venta de herencia. Falta en esta hipótesis aquella íntima conexión entre deuda y patrimonio que justifica la diferente solución que se adopta en el caso de transmisión de empresa; y se entra en la hipótesis normal de enajenación de bienes por un deudor, contra la cual pueden reaccionar los acreedores mediante la acción revocatoria, siempre que se den, es natural, los requisitos que la condicionan (más adelante en § XV).

[7] Aspecto regulado en el artículo 1.533 C. c.

[8] Aspecto regulado en el artículo 1.534 C. c.

e) Usufructo de herencia.

Debe entenderse que por imperativo del artículo 1.008 C. C. el usufructuario de una cosa determinada está obligado a la satisfacción de las cargas anuales (impuestos, censos, rentas territoriales, etc.), mientras dure su derecho [9]. No puede dudarse que estamos frente a una obligación *propter rem*, debiendo aplicarse, frente a las cargas y gravámenes que recaen sobre la cosa objeto del usufructo, el aforismo *bona non intelleguntur nisi deducto aere alieno*.

Más difícil se presenta la calificación de la modificación de las relaciones obligacionales regulada en el artículo 1.010 del Código civil ("el usufructuario de una herencia está obligado a pagar íntegramente, o en proporción a su cuota, las anualidades y los intereses de las deudas o de los legados con que la herencia esté gravada"). Se había sostenido hace tiempo que en tal caso se producía una sucesión a título universal de la que derivaban las referidas obligaciones a cargo del usufructuario de la herencia. Debemos sostener, por el contrario, que el fundamento de tal obligación radica en la posición de titular de derechos reales que corresponde al usufructuario (15). En otros términos la herencia se comporta frente al usufructuario, como una universitas, cuyas cargas, gravámenes y deudas deben ser soportadas por el usufructuario, que tiene el goce de dicha universitas.

f) Enajenación de la cosa asegurada.

Según el párrafo 3.º del artículo 1.918 del Código civil el adquirente de una cosa asegurada subentra en la posición ocupada por el vendedor frente al asegurador, siempre que, conociendo la existencia del contrato de seguro, no declare al asegurador, dentro del término de diez díaz a contar del vencimiento de la primera prima inmediatamente posterior

(15) Cfr. PUGLIESE, *L'usufrutto*, 1955, 491; 697 y ss.

[9] Véase en análogo sentido el artículo 504 C. c.

a la enajenación, que no tiene la intención de subentrar. También esta vez el silencio del adquirente viene interpretado por la ley en forma típica, deduciendo de la carga incumplida el consentimiento para subentrar en la relación prexistente de obligación. El régimen que examinamos es similar al que se establece en el artículo 2.558 del Código civil, con la única diferencia de que el asegurador puede paralizar los efectos de esta modificación rescindiendo la relación en los diez días siguientes al que ha tenido conocimiento de la enajenación de la cosa. La eficacia de tal rescisión no está subordinada a la existencia de una justa causa (16), según la opinión social por la que, dada la delicadeza de la relación, la persona del asegurado debe ser del agrado del asegurador según su valoración personal.

(16) Sobre el concepto de justa causa véase más adelante, § X, n.º 3, texto correspondiente a las notas 17-18.

§ III

FIGURAS DE CESION

I. La llamada cesión de contrato.—II. Comparación con otras figuras de subingreso a título derivativo: cesión de crédito; subrogación por pago. Diferencia de interés y de problema práctico; diferente construcción dogmática de modo congruente con tal diferencia.—III. Cesión a título de pago.—IV. Adjudicación judicial de créditos.—V. Comparaciones.

Habíamos dicho en el parágrafo primero que las modificaciones de las obligaciones que afectan a los sujetos, pueden configurar una accesión, una sucesión (determinada o no por cesión o por asunción), una subrogación, una conversión o, por último, una resolución, una rescisión, una exclusión. De estas modificaciones hemos dado ya una visión general, tratando de iluminar los elementos característicos, con el fin de diferenciarlos. En particular, hemos establecido la diferencia entre la subrogación y la accesión a título particular en la siguiente forma. Subrogación es esencialmente el subingreso de un sujeto en la posición jurídica que ocupaba otro o, cuando menos, que le era destinada, sin que el título jurídico del que subentra sea necesariamente unido por un nexo derivativo al título del sujeto que le sustituye. Sucesión, por el contrario, es el subingreso de un sujeto en la relación obligatorio en virtud de una relación cualificada que instaura un nexo derivativo entre sucesor y precedecesor, legitimando al primero para sustituir al segundo en la relación jurídica que

tuviese con otros titulares (1). También hemos hecho una reseña de casos de sucesión a título particular ya en lado activo, ya en el lado pasivo de la relación de obligaciones, previstos por el Código civil vigente. En ellos el principio de irrelevancia del negocio jurídico frente a terceros (art. 1.372) se mantiene firme: principio, por lo demás, que es un corolario coherente de la autonomía privada, reconocida a los particulares por la sociedad y por el derecho para dictar la ley que ha de gobernar sus intereses propios en relación con los demás ciudadanos (2). Vienen casi excluidos los efectos jurídicos en daño de tercero (art. 1.381 Cód. civ.) y la oponibilidad a terceros de los efectos producidos entre las partes, cuando no les sea nreconoscibles (arts. 1.415, 2.644) o sean efectos sobrevenidos (art. 1.445 Cód. civ.). Sólo en ciertos casos (art. 1.300, 1.301, 1.411 Cód. civ.) el contrato produce efectos incluso frente a terceros (art. 1.372 del Cód. civ.).

I. *Cesión de contrato.*—Un caso enteramente diferente es el de la llamada cesión de contrato, que debe considerarse como una modificación determinable por las partes en la relación obligatoria que tienen entre sí: modificación que debe distinguirse conceptualmente de las modificaciones que tienen por objeto el precepto de autonomía privada que constituye el contenido del negocio (modificación, revocación, confirmación, renovación, interpretación auténtica del negocio) (3). La llamada cesión de contrato (arts. 1.406, 1.410 del Código civil) representa la forma más completa de sucesión a título particular en una relación de obligación. Ella no afecta al negocio, sino a la relación jurídica contractual, y tiene por efecto el subingreso, por un solo acto, de un nuevo sujeto en la posición jurídica activa y pasiva de uno de los originales contratantes, sin necesidad de acudir a dos actos separados

(1) N. *Natura giur. d. girata dei titoli all'ordine*, en «Riv. dir. comm.», 1927, p. 566.

(2) Nuestra *Teoría d. negozio giur.*, §§ 5, 27.

(3) Idem, pp. 248-256.

de cesión en la parte activa y de asunción en la posición pasiva. Como opera una sucesión total en la relación jurídica, la cesión de contrato es un medio técnico de circulación más progresiva que la cesión de crédito y la asunción de deuda (4).

Antes de pasar al examen de los artículos que regulan la llamada cesión de contrato y que la afectan más de cerca, porque nos hacen advertir los elementos que la diferencian de otras figuras afines, e indican la diferente relevancia de las excepciones oponibles, queremos indicar las cuestiones que han venido siendo debatidas en torno a la cesión de contrato.

Puesto que la cesión de contrato opera la transmisión a un tercero (cesionario) de toda la posición contractual de uno de los contratantes originarios (cedente), como complejo de derechos y obligaciones interdependientes, que existían en cabeza del contratante (5), se ha discutido mucho bajo el imperio del Código de 1865 [10] sobre la posibilidad de una transmisión en tal sentido. La tesis prevalente se inclinaba por la solución negativa, dado que tal transmisión suponía la solución de un problema más grave, precisamente el de la sucesión particular en la deuda por actos intervivos (6).

Sucesión, que, como se ha visto (7), es admisible en nuestro ordenamiento, pero que era tenida por varios autores, que operaban bajo la influencia de falsas reminiscencias romanísticas, como inadmisible o como admisible excepcionalmente en los casos admitidos por la ley. Aun aceptando el

(4) Sobre la función económica de la cesión: MESSINEO, *Dottrina gen. del contratto*, cap. XIII, n. 2; CARNELUTTI, *Teoria giur. d. circolazione*, n. 13, p. 44:

(5) ANDREOLI, *La cessione del contratto*, 1951, p. 2.

(6) STOLFI, *Appunti sulla c. d. successione particolare nel debito*, en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1948, 733 y ss. con agotadora información bibliográfica; STOLFI, *Note sul concetto di successione*, en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1949, p. 535 y ss.; n. *Teoria gen. neg. giur.*, § 5, páginas 27-31:

(7) Véase parágrafo precedente.

[10] Algo análogo ocurre en la doctrina española actual, en la que un importante sector se esfuerza en incorporar al cuadro de las modificaciones subjetivas admitido por nuestro C. c. la cesión de contrato.

indicado presupuesto, alguno (8) sostiene que la cesión del contrato funciona como una autorización del cedido a las demás partes para que procedan a la "renovación del contrato". A nuestro parecer, esta construcción únicamente tiene la ventaja de poner de relieve la importancia del consentimiento del contratante cedido, pero cae en un grave error al hablar de renovación del contrato. La renovación, en realidad, entra en las modificaciones del negocio entre partes y tiende a absorber el contenido preceptivo de una precedente exteriorización de la autonomía privada y a sustituirla para el futuro. El fenómeno que se produce en la llamada cesión del contrato es sustancialmente diferente, porque atiende a la relación jurídica y no al negocio: una de las partes contratantes puede ser sustituida por un tercero en la relación obligacional que deriva de un contrato bilateral, cuyas prestaciones aún no se han cumplido, siempre que la otra parte lo consienta. Es fácil observar que en este caso no se produce ningún cambio en el contenido preceptivo del negocio, sino que su elemento esencial es el subingreso de un tercero en las posiciones de deuda y de crédito propias de una de las partes contratantes. Fundamental, por consiguiente, en la cesión de contrato, a diferencia de la renovación, es la permanencia del contenido preceptivo propio del contrato que se intenta "ceder".

Otras teorías dominantes bajo el régimen del Código de 1865 han tenido el mérito, frente a las exigencias de la circulación de bienes, de considerar realizable la transmisión de créditos y de deudas provenientes de una misma relación obligacional de un sujeto a otro. Nos referimos a las dos construcciones dogmáticas antagónicas: la atomística de la descomposición y la unitaria.

La teoría de la descomposición (Zerlegungskonstruktion),

(8) NICOLÒ, *Adempimento dell'obbligo altrui*, 1936, p. 279; 299.

nacida y desarrollada en Alemania (9), consideraba posible la realización de una transmisión de los elementos activos y pasivos de la relación obligacional, mediante la unión de un negocio de cesión de derechos con un negocio de asunción de deuda. Esta teoría, acogida en sus orígenes por algunos juristas italianos (10), y por la jurisprudencia, tiene el defecto de no darse adecuadamente cuenta del fenómeno. El interés en la circulación, propio de la llamada cesión de contrato, se opera a través de un negocio único con causa unitaria, cuya formación y conclusión se produce con la intervención concurrente de tres sujetos: el cedente, el cedido y el cesionario. Vamos a dejar de lado la teoría que construye la cesión como un negocio jurídico complejo (11), y a atender a aquella otra que ha desarrollado, en Alemania, SIBER (12), y en Italia MOSSA (13). Esta teoría, rechazando la concepción atomística de la cesión de contrato, pone de relieve que en la cesión se opera una transmisión integral de los elementos activos y pasivos de la relación de obligación, mediante un negocio único de disposición sobre el contrato (sobre este punto MOSSA habla muy adecuadamente de "venta de contrato"). Y precisamente al disciplinar la cesión del contrato el Código civil de 1942 parece haber tenido en gran consideración la concepción unitaria de esta institución (13 a).

---

(9) DEMELIUS, *Vertragsübernahme*, en «Jherings Jahrbücher», vol. 72, página 241; CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, II, 198-199; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Schuldtrecht III, p. 185 y ss.; ENNECERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II, 339-341.

(10) FERRARA F., *Teoria dei contratti*, 304 y ss.

(11) FONTANA, *La cessione di contratto*, en «Riv. dir. comm.», 1934, I, 180; FINZI, *La riassicurazione e la cessione del portafoglio*, en «Riv. dir. comm.», 1932, I, 662.

(12) *Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, en «Jherings Jahrbücher», 70, p. 294 y ss.

(13) *Vendita di contratto*, en «Riv. dir. comm.», 1928, II, p. 633 y ss.; *Riassicurazione e cessione di portafoglio*, en «Riv. dir. comm.», 1932, I, p. 656 y ss.; PULEO, *La cessione del contratto*, 1939.

(13 *a*) Para ver algunas críticas, en sí discutibles, a la disciplina legislativa, cfr.: BARBERO, *Sistema istituz. dir. priv. it.*, 4.ª ed., II, 226-30; CARRESI, *Cessione di contratto*, 44-49; FERRARA en «Riv. dir. priv.», 1941, 108-115.

El artículo 1.406 del Código civil al dar la noción de la llamada cesión de contrato establece que "cada parte puede sustituirse por un tercero en las relaciones que derivan de un contrato bilateral, cuyas prestaciones no han sido todavía objeto de cumplimiento, siempre que lo consienta la otra parte". Una exégesis de dicho artículo conduce a las siguientes conclusiones: nos encontramos en presencia de un único negocio a cuya formación concurren las declaraciones de tres sujetos distintos: el cedente, que es el sustituido por un tercero en el complejo de las posiciones activas y pasivas que derivan de un contrato; el cesionario que subentra en la posición contractual del cedente, y el cedido que, en calidad de contratante originario debe prestar su consentimiento a la cesión para que ésta produzca sus efectos. Objeto de la cesión no es el contrato, como pudiera hacer creer su equívoca denominación, sino la "cualidad de contratante de una de las partes o eventualmente de ambas" (14), que comprende en sí el complejo de los elementos activos y pasivos de una determinada relación de obligaciones. La transmisión de tal objeto se encuentra en los contratos bilaterales cuyas prestaciones no han sido todavía objeto de cumplimiento. Ello es fácilmente incluible, ya que, cuando el contrato está cumplido por alguna de las partes, nace sólo un derecho de crédito a favor de una parte, y una deuda a cargo de la otra (15). En tal caso no se producen una sucesión a título particular en la relación de obligación, ya en el lado activo, ya en el lado pasivo, sino sólo cesión de crédito si el cedente es el titular de un derecho de crédito, o asunción de deuda si el cedente es el que tiene a su cargo la obligación de hacer una prestación frente a la otra parte (16). Además las prestaciones en régimen de bilate-

(14) CARRESI, *La cessione di contratto*, 1950, p. 44 y ss.

(15) ANDREOLI, *La cessione del contratto*, pp. 10 y ss., 19 y ss.

(16) Sobre este punto véase CARRESI, el cual observa que se puede hablar de cesión de contrato de mutuo solamente por quienes le conceptúan como bilateral. ANDREOLI, aunque uniéndose a la tesis (para nosotros insostenible) de la bilateralidad del mutuo, tiende a diferenciar los casos de verdadera y propia cesión del mutuo de aquellos otros en que se ceda únicamente o el

ralidad, para que esta cesión pueda tener lugar no deben haberse cumplido ni en todo, ni en parte. En el caso de que una parte haya cumplido ya la prestación que le incumbe, la cesión que debería efectuar ya no sería más que cesión del crédito que ostenta frente a la otra parte.

Así, dibujado el fenómeno de la cesión, surge el problema de identificar su causa, y el de precisar la estructura del negocio. Debemos rechazar la tesis sostenida por BARASSI (17), que niega la naturaleza de tipo contractual de la cesión del contrato, limitándole a una especie de transferencia de derechos. La cesión del contrato tiene una típica función económico-social, una causa propia consistente en el hecho de actuar consensualmente la sucesión a título particular en la relación obligacional. Ahora bien, dado que la cesión del contrato tiene por objeto la transmisión, no ya de un bien, sino de la condición de contratante de una de las partes de un contrato bilateral, esta función económico-social viene a colorearse de una manera diferente según la intención práctica que persigan las partes. Lo que no debe entenderse en el sentido de que la cesión del contrato "asuma cada vez la causa del contrato base" (18), ya que el cedente puede, por ejemplo, donar o dar *in solutum* una posición contractual de comprador, sino que se quiere decir que la cesión de contrato entra en la categoría de los negocios con causa variable en función de los diferentes complejos de intereses que son esquemas parciales de negocio, los cuales asumen una vida y una fisonomía típica únicamente cuando se integran en concreto por la actuación de un complejo de intereses determinado (19).

---

derecho del mutuante a la restitución del «tantumdem» o el derecho correlativo que cae sobre el mutuario (op. cit., p. 46). Si el mutuante cede a un tercero cuanto le es debido por el mutuario, se está ante una cesión de crédito y no ante una cesión de contrato.

(17) *Teoria gen. delle obblig.*, 1, p. 295.

(18) Así inexactamente CARRESI, *La cessione del contratto*, p. 54 y ss.

(19) N. «Teoria gen. neg. giur.», pp. 179, 196 y ss., 204, 206, 560 y siguientes, nota 6; n. «Diritto Romano: parte gen», p. 224.

Conviene destacar en este momento la estructura de la cesión del contrato en la doctrina prevalente (20), que está concorde en considerar la cesión como un contrato bilateral, a cuya formación concurren tres partes: cedente, cesionario y cedido. Es cierto que el consentimiento del contratante cedido se encuentra en un plano diferente del que suponen las declaraciones de las otras partes y es enteramente extraño a la causa del negocio de cesión. Sin embargo no puede negarse que la declaración del cedido, en el caso de que fuese excluida por el tipo de negocio, comprometería la validez de la cesión, a la cual faltaría un elemento constitutivo.

Después de tratar sobre la función y la estructura de la cesión del contrato, deben examinarse los efectos que producen en las relaciones entre cedido y cedente, entre cedido y cesionario y por último entre cedente y cesionario. El artículo 1.408 del Código civil establece que el cedente se libera de sus obligaciones para con el cedido desde el momento en que el subingreso resulta eficaz frente a este último. Con mayor precisión debe decirse que la eficacia de la cesión se producirá desde el momento en que se otorgue el consentimiento por parte del cedido (1.406) o desde el momento en que al cedido le sea notificada la sustitución que él previamente había ya aceptado, en caso de consentimiento preventivo (1.407, párrafo 1.º) o desde el momento del endoso del documento, en el caso de que todos los elementos de un contrato resulten de un documento en el que se haya insertado la cláusula "a la orden" u otra similar (1.407, párrafo 2.º).

Esencialmente diferente, por consiguiente, se presenta la disciplina de la cesión de contrato de la que regula la asunción (1.273): mientras en la asunción la adhesión del acreedor supone liberación del acreedor originario, únicamente si esto constituye una condición expresa de la estipulación o si el

(20) Véase, por último, CARRESI, *La cessione del contratto*, p. 61; ANDREOLI, *La cessione del contratto*, p. 52. Cfr. ASCARELLI, *Studi in t. di contratti* (1952), 97-156.

acreedor declara expresamente su voluntad de liberarlo, en la cesión del contrato la liberación del cedente es un efecto natural de la cesión, salvo que el cedido haya declarado con reserva expresa su voluntad de no liberar al cedente; el cedente queda entonces obligado subsidiariamente para el caso de que el cesionario no cumpla las obligaciones asumidas. También en esta hipótesis debe indicarse que el cedente no conserva su posición de parte en la relación, ya que, operándose la sucesión a título particular en la relación de obligación (§ II, sub. 2), él ha venido a quedar fuera de ella.

El artículo 1.409 del Código civil al regular las relaciones entre cedido y cesionario dispone que el contratante cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que derivan del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones jurídicas, salvo que se haya hecho una especie de reserva en el momento en que el cedido ha dado su consentimiento para la sustitución. La posibilidad de oponer al cesionario las excepciones que derivan del contrato confirma que nos encontramos frente a un caso de sucesión a título particular en la relación obligacional. El límite de la oponibilidad de las excepciones se encuentra, por ejemplo, a propósito de la excepción de compensación, fundada en créditos que el cedido obstente frente al cedente al margen de la relación en cuestión. Sostenemos, de otra parte, que también en el ámbito de las excepciones que derivan de la relación cedida, tampoco pueden oponerse las que se refieren a derechos o a obligaciones, que sean consecuencia de hechos realizados antes de la sucesión que se opera con la cesión (21). Fenómeno, éste, que encuentra su justificación en el principio de irretroactividad de los hechos jurídicos sobre el que ya hemos llamado la atención (22). El artículo 1.410 del Código civil pone a cargo del cedente, frente al cesionario, la obligación de garantizar a

(21) CARRESI, *op. cit.*, p. 95, sobre este particular al citarnos aporta además una sentencia de Cass. 10 mayo 1946, publicada en la «Giur. compl. Cass. civ.», XXVII, t. II, 1946, p. 653.

(22) Ver parágrafo precedente nota 8.

este último la validez del contrato (23). El cedente, como en la cesión de créditos está obligado a garantizar el *verum nomen* pero no el *bonum nomen,* debe en este caso garantizar la existencia de un contrato válido. Además el artículo 1.410, párrafo 2.º, establece que, cuando el cedente convencionalmente asuma la garantía del cumplimiento responderá como *fideiussor* respecto de las obligaciónes del contratante cedido. El cedente responde frente al cesionario no como parte de la relación contractual, de la que él ha salido ya, sino como fiador del cedido.

Nos queda, por último, de examinar el artículo 1.407. Cuando se haya dado un consentimiento preventivo del cedido para la sustitución, ello significa tanto como calificar de fungible la persona del otro sujeto y si el precepto contractual está redactado en un documento con cláusula "a la orden", el subingreso en la relación se opera con el endoso del documento (24). Al conceptuar como fungible al otro sujeto de la relación obligacional se considera indiferente la persona a quien la prestación deba hacerse y de quien deba exigirse la contraprestación. El derecho a la prestación debida puede circular con independencia de la persona, que mediante la satisfacción de la contraprestación, esté legitimada para exigirla. En este caso nos encontramos ante un supuesto de subrogación, entendida en el sentido que se da a esta categoría en materia de endoso de títulos a la orden (párrafo V). También aquí existe un proceso de abstracción de la relación obligacional subyacente, aunque sea una abstracción muy

(23) Para un estudio sobre el particular véase CARRESI, *La cessione del contratto,* pp. 87-92. Disentimos de RESCIGNO, en «Banca, borsa», 1954, 240-44 (véase § VIII, nt. 11).

(24) Véase sobre este particular el § V del presente curso y nuestro estudio *Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine,* en «Riv. dir. comm.», 1927, p. 591 y ss. En el artículo 1.762, p. 1.º, se examina la hipótesis (inversa de la que tratan los arts. 1.401-1.405) de una «sucesión» en la relación contractual, del lado activo y pasivo, sin necesidad de cesión (l. cit., p. 571).

atenuada y menos intensa que la cambiaria, delegatoria y expromisoria (25).

II. *Cesión de crédito. Diferencia entre la cesión de crédito y la cesión de contrato.*—La cesión de contrato, aunque actúe una sucesión en la posición de contratante, tanto del lado activo, como en el lado pasivo, se diferencia de la cesión del crédito (1.260) que opera simplemente una sucesión en el aspecto activo de la relación, porque para la validez de la primera se precisa el consentimiento del contratante cedido, mientras que no se requiere un consentimiento del deudor para la cesión del crédito. Al deudor cedido no le importa pagar a una persona con preferencia a otra cualquiera, mientras que existe un interés específico en cabeza del contratante cedido que deviene al mismo tiempo acreedor y deudor del contratante cesionario; por ello debe saber de quien recibirá la prestación y a quien deberá hacer la contraprestación. Sólo en el caso de créditos "estrictamente personales" o cuya transferencia se prohiba por la ley, se precisa que el deudor dé su consentimiento a la cesión. Debe precisarse, sin embargo, que mientras en las relaciones internas entre cedente y cesionario la transmisión del crédito se verifica por efecto de simple consentimiento —(cfr. art. 1.376)— en cuyo caso es exacta la diferenciación respecto de la cesión del contrato en la relación externa con el deudor cedido (1.264), para que la cesión resulte eficaz frente a él, es preciso que sea aceptada por él o que le sea notificada.

La aceptación tiene interés en orden a determinar la oponibilidad de las excepciones. La excepción de compensación que el deudor hubiera podido oponer al cedente, no es oponible al cesionario cuando haya aceptado pura y simplemente la cesión del crédito (art. 1.248). El segundo párrafo del artículo 1.248, aunque de infeliz redacción, no altera este régimen; el deudor podrá oponer la excepción de compensación al cesionario por razón de un crédito que haya adquirido frente al

(25) Véase § VI del presente curso, notas 16-17.

cedente con anterioridad a la notificación de la cesión, ya que según el artículo 1.242, párrafo 1.°, la extinción de los respectivos créditos se opera *ipso iure* desde su coexistencia respectiva. Formulación desgraciada, se ha dicho, a que ninguna duda puede surgir acerca de la imposibilidad de oponer para compensar los créditos posteriores a la notificación; ciertamente estos créditos no pueden compensarse. La ley, en caso de notificación de cesión, reconoce como prevalente el interés del deudor cedido frente al cedente, por el hecho de que no se le ha ofrecido la posibilidad (ni, por ello, creado carga alguna) de hacer ninguna reserva.

En el caso previsto en el artículo 1.248, la aceptación del deudor (primer párrafo), tiene este alcance: ofrece al deudor la posibilidad —y así constituye para él una carga— de prevenir, con una reserva, la pérdida de excepciones personales existentes. ¿Cuál debe ser el tratamiento de las demás excepciones personales del cedente, diferentes de la de compensación? ¿Se deberá reconocer una analogía *(convenientia rationis)* con la excepción de compensación, y darle un idéntico tratamiento? o, ¿se deberá, por el contrario, considerarlas extinguidas por la sucesión efectuada (y también en caso de subrogación) y ello, no argumentando únicamente con el silencio de la ley, sino de conformidad con el significado de la sucesión a título particular (o de la subrogación) y también en coherencia con el criterio de la irretroactividad del hecho jurídico que la produce. A nuestro parecer son estas últimas consideraciones las que deben prevalecer (26). Una extensión analógica debe rechazarse según la lógica de la sucesión a título particular, como contraria al principio de la irretroactividad de los hechos jurídicos: las demás excepciones personales, al no ser inherentes a la deuda, son inoponibles sin ninguna limitación.

---

(26) Cfr. BARASSI, *Teoria gen. d. obblig.*, I, 302; GRAZIANI, *La cessione dei crediti*, en «Studi». Otro tratamiento es el de BIGIAVI en «Foro it.», 1938, I, c. 1306-8.

Cesión de crédito (art. 1.260 Cód. civ.) existe cuando el acreedor transfiere a título oneroso o gratuito su derecho, incluso sin el consentimiento del deudor, siempre que el crédito no tenga carácter extrictamente personal o cuya transmisión esté prohibida. La cesión produce una adquisición a título derivativo; adquisición que, por otra parte, debe justificarse por una causa. Y por ello rechazamos la opinión de BARASSI (27) sobre un pretendido carácter abstracto de la cesión. Esta es, por el contrario, un negocio necesariamente causal, aunque la causa sea variable, es decir, idónea para actuar los más variados complejos de intereses (27 *a*). El acreedor cedente puede ceder su crédito *donandi, transigendi, credendi causa,* a título de cumplimiento, en concepto de pago *(cessio pro soluto),* o con la finalidad y en función de un pago *(cessio pro solvendo).* El interés en la cesión es un interés en la circulación del crédito, del *nomen,* como bien objeto de cambio. Son estos intentos prácticos referidos al supuesto concreto de cada cesión los que colorean la función económica social de la cesión del crédito. La misma formulación del artículo 1.260 confirma esta opinión. Bajo el régimen del Código de 1865 la doctrina había encontrado cierta afinidad entre la cesión de crédito y la compraventa, siendo regulada en conexión con esta última [11]. Para convencernos de que tal similitud carece de fundamento, basta recordar lo que tenemos dicho sobre la causa de la cesión: el interés en la circulación del *nomen* puede ser dictado por los más diversos fines prácticos; además la cesión puede producirse tanto a título oneroso como, caso del pago, transación o mutuo, como

(27) «Teoria gen. d. obblig.», I, p. 287 y ss., ANDREOLI define p. 289) la cesión como «una figura jurídica en cierto sentido abstracta (es decir, en el sentido técnico referido a la causa), que no se nos presenta para otros derechos: p. ej. la propiedad».

(27 a) Véase n. «Teoria gen. neg. giur.», pp: 179, 196 y ss., 204, 206, 560 y siguientes, nota 6, y nuestro «Dir. romano: parte gen.», p. 224.

[11] Algo similar sucede en el Ordenamiento español, al emplear el C. c. las palabras venta y vendedor como equiparadas a las de cesión o cedente en los artículos 1.528 y 1.529.

a título gratuito en cuyo caso son aplicables las normas sobre donaciones, en particular de la donación submodo (797).

Después de haber considerado lo que representa la cesión de crédito, debe recordarse que el cesionario subentra en la misma relación que existe entre cedente y deudor cedido; de donde resulta que son oponibles al cesionario las excepciones. Así lo dispone el artículo 1.263, párrafo 1.º: "por efecto de la cesión, el crédito se transfiere al cesionario con los privilegios, con las garantías personales y reales y con los demás accesorios" [12]. Y ahora conviene, antes de perfilar la diferencia entre cesión y novación, cesión y delegación, y cesión y subrogación sin nexo derivativo, examinar los aspectos que presenta la cesión misma a la luz de su régimen legal.

En particular, vamos a considerar tres aspectos: *a)* Transferencia de crédito; *b)* Garantía de la adquisición; y, *c)* Riesgo.

A) La eficacia de la transferencia o transmisión del crédito debe distinguirse: *aa)* En las relaciones internas entre cedente y cesionario; *bb)* En las relaciones externas frente al deudor cedido.

aa) La cesión del crédito es eficaz entre el acreedor cedente y el cesionario, operando la transmisión del crédito, desde el momento en que el cedente concluye su acuerdo con el cesionario. Debe recordarse que, según lo dispuesto por el artículo 1.376 del Código civil, en los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad de la cosa, la constitución o la transmisión de un derecho real o también la transmisión de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado en la forma correspondiente (28).

---

(28) BARASSI, «Teoria gen. d. obblig.», I, pp. 296-297, distingue entre fase interna y externa, teniendo en consideración la diferencia temporal.

[12] En términos que sustancial, y casi literalmente, son análogos se expresa el artículo 1.528 C. c.

Como en un contrato de compraventa, la propiedad se transfiere del vendedor al comprador desde el momento de la conclusión del contrato por el simple consentimiento [13], así el derecho de crédito pasa del deudor cedente al cesionario. En el derecho romano, por el contrario, esto no podía suceder más que adquiriendo la condición de procurador, y sólo la intimación del cesionario al deudor hacía cesar los derechos del cedente. De ello resultaba que en una primera fase había dos acreedores: el cedente frente al deudor, y el cesionario frente al cedente, relación esta última de efectos puramente internos.

bb) En cuanto a las relaciones externas, se ha dicho ya que la cesión del crédito es eficaz frente al deudor cedido cuando éste la haya aceptado o cuando le haya sido notificada (1.264). El segundo párrafo del artículo 1.264 añade que los efectos de la cesión de crédito se producen frente al deudor, aun no habiendo aceptado o no habiendo recibido la notificación si llega a probarse que tenía conocimiento de la misma. De ello se deduce que no se precisa el consentimiento del deudor cedido para que se opere la cesión: su aceptación es meramente confirmativa. Ello supone una mayor rapidez en la circulación del crédito. En el presente ordenamiento ha perdido importancia la otra figura a la que se recurría en el derecho romano: la novación por cambio de acreedor (véase art. 1.235; y, más adelante, IX, sub 3).

A propósito de la notificación, debe indicarse que esta última no constituye una obligación por parte del cesionario, sino una carga, que, si llega a cumplirse, impide al deudor oponer la compensación de créditos surgidos con posterioridad a dicha notificación. Por cuanto se refiere a las excepciones personales frente al cedente se ha observado ya que no son oponibles en virtud del principio de irretroactividad de

---

[13] El Código civil se orienta en sentido contrario al adoptar la construcción del título y del modo, frente al principio consensualista, que el C. civile italiano sigue, continuando con el sistema del viejo Código de 1865, que lo tomó del Código de Napoleón. Véase en el C. c. español los artículos 609, 1.095, 1.445 y 1.462.

los hechos jurídicos. Por el contrario las excepciones que son inherentes objetivamente a la relación obligacional permanecen a salvo; los defectos inherentes a la relación le acompañan siempre como su modo de ser.

Por último debe resolverse una duda: ¿la aceptación del deudor, aunque innecesaria en orden a la eficacia operativa de la cesión, supone reconocimiento de deuda, o es una simple declaración de conocimiento que deja imprejuzgada la existencia y virtualidad del crédito con todas las taras que le acompañan en su caso? A nuestro parecer, la aceptación no prejuzga por sí misma la posibilidad de oponer al cesionario las excepciones que fueran oponibles al cedente, ya que se trata de una simple toma de conocimiento por un tercero indiferente, que deja imprejuzgada toda cuestión sobre el vigor y energía de la relación de crédito y deuda (29).

B) En la cesión de crédito, junto al perfil que hemos estudiado de la transmisión, se encuentra el aspecto de la garantía. Nos conviene recordar que bajo el régimen del antiguo Código, la cesión de créditos se disciplinaba como un apéndice de la compraventa. Colocación equivocada, ya que, como se ha puesto de relieve, la cesión puede tener una causa diferente de la propia de la compraventa. Con la cesión pueden actuarse varias combinaciones de intereses: puede hacerse *transactionis, solutionis, donationis causa,* etc. Sin embargo tal sistematización encuentra cierto fundamento bajo el doble

---

(29) Añade BARASSI («Teoria gen. obblig.», I, p. 301): «¿Es verdad también en el caso de que haya aceptado el deudor, que ésta contenga un verdadero y propio reconocimiento del débito? Tal reconocimiento tendría el carácter de una promesa de pago al cesionario (1988), que libraría al cessionario de la carga de la prueba de la relación fundamental, al que siempre tiene que referirse el reconocimiento, aunque se presente como acto dispositivo. Por el contrario, el citado art. declara que en nuestro ordenamiento el reconocimiento no tiene más que un efecto limitado a la simple presunción de existencia de la relación fundamental. Es decir, que el deudor queda siempre libre de la necesidad de probar que la relación de crédito cedida no existe: el reconocimiento no es una promesa que constituya un nuevo título que venga a sustituir íntegramente la relación fundamental.»

aspecto de la garantía y de la transmisión: atendiendo a este segundo aspecto se ha dicho que la cesión es un contrato con efectos reales (art. 1.376). Además el vendedor debe garantizar ya la titularidad de la cosa (garantía por evicción), ya, con anterioridad, la existencia de la cosa misma.

También el aspecto de la garantía es objeto de discusión en la cesión; discusión que se refiere a: 1) la existencia del derecho (*veritas nominis*); 2) la solvencia del deudor (*bonitas nominis*), la cual entra en juego en el momento de hacer efectivo el crédito cedido. El artículo 1.266, sobre este particular, distingue según que la cesión sea a título oneroso o a título gratuito. Cuando sea a título oneroso, el cedente está obligado a garantizar la existencia del crédito en el momento de la cesión, salvo pacto en contrario; en cuyo caso, no obstante, el cedente queda siempre obligado por hecho propio. Se puede aplicar por analogía los artículos 1.266, párrafo 1.º y 1.483 del Código civil que conciernen a la evicción total de la cosa. Si la cesión es a título gratuito, la garantía sólo se debe en los casos y dentro de los límites fijados por la ley a cargo del donante. Debe hacerse especial alusión al artículo 797, según el cual el donante está obligado a garantizar al donatario la evicción que pueda sufrir en las cosas donadas en el caso de que se trate de donación modal o de donación remuneratoria, a menos que exista promesa espontánea de la garantía, o de evicción que dependa de dolo o hecho personal del donante. En el primer caso la garantía sólo existe hasta la concurrencia de las cargas que asuma el cesionario o a título gratuito [14].

C) Existe un riesgo en la adquisición, que es inherente a la naturaleza del derecho cedido, incluso mientras pertenece al cedente, y tal que sobrepasa la existencia y virtualidad del crédito: es el riesgo de la insolvencia. Ahora vamos a tratar de la garantía de este riesgo. Según los principios ge-

---

[14] En términos análogos viene a expresarse el artículo 638 C. c. cuyo alcance objetivo debe establecerse a la luz de los artículos 619 y 622.

nerales que regulan el reparto del riesgo contractual (30), al tratarse de una especie de contrato con efectos reales (1.376) el riesgo que antes de la cesión recaía sobre el cedente, después de la cesión que se opera por el simple acuerdo, grava al cesionario; *res perit ei cui adquiritur,* al aplicar el artículo 1.465 (31). Puede suceder, sin embargo, que el cedente asuma este riesgo prometiendo o estipulando la garantía de la *bonitas nominis,* es decir, de la solvencia del deudor cedido (art. 1.267) [15]. El cesionario, no obstante, tiene la carga de hacer previa excusión en los bienes del deudor cedido; se excluye en este caso una extensión analógica del artículo 1.410. párrafo 2.º, por el cual el cedente que estipula la garantía del buen fin del contrato, responde como fiador del contratante cedido. En el caso de que haya asumido la garantía de la solvencia, el cedente responde hasta el límite de lo que haya recibido; debe repartir los intereses y reembolsar los gastos de la cesión y los que el cesionaro haya soportado para hacer efectivo el crédito, y además debe resarcir el daño. Resarcimiento que, según el artículo 1.223, debe comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento o de la mora.

El artículo 1.267, párrafo último, prevé el caso de incumplimiento, por parte del cesionario, de la carga de hacer la previa excusión de los bienes del deudor cedido; al cesionario negligente *sibi imputet,* es decir, que pierde la garantía de la solvencia. Debe aplicarse en este supuesto un criterio de autoresponsabiildad (D. 50, 16, 203: *Quod quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire*). Y el mismo criterio se aplica en el caso del artículo 1.227: La culpa concurrente del perjudicado interrumpe el nexo causal y el daño no debe resarcirse en la medida que dependa de su culpa.

---

(30) V. la presente «Teoría gen. delle obblig.», Sec. I, p. 154 y ss.

(31) Cfr. en este sentido: BARASSI, «Teoria gen. delle obblig.», I, p. 303.

[15] Aspecto que regula el artículo 1.530 C. c.

III. *Cessio pro soluto y cessio pro solvendo.*—Una garantía de la solvencia de carácter especial es la que tiene lugar en el caso concreto de cesión a título de pago (o como dice el artículo 1.198 *in luogo di adempimento,* expresión ésta que puede dar lugar a un equívoco, por que cuando se trate de prestaciones fungibles especialmente pecuniarias —el cesionario no consigue un *quid aliud* sino la misma utilidad a que tenía derecho) [16]. La cesión puede operarse en pago *pro soluto* y entonces el riesgo de insolvencia es soportado por el cesionario; o en función de un pago *pro solvendo*: Y entonces el cedente garantiza la solvencia y hace depender de ella, no ya la transmisión del crédito, sino la propia liberación de su deuda frente al cesionario (32).

La *cessio pro soluto* y la *cessio pro solvendo* pueden configurarse con diferente estructura dogmática de la siguiente manera. El deudor A que debe a su acreedor C una suma de dinero, en vez de pagarla en efectivo, le cede su derecho de crédito frente a B, siempre que C esté de acuerdo. La cesión, en este caso, no sólo opera la transmisión del derecho de crédito, sino que actúa también en la relación interna entre el cedente A y el cesionario C al extinguir la deuda, para cuya satisfacción se produjo la cesión. En la *cessio pro soluto,* sin embargo, junto al efecto traslativo se opera traslativamente un efecto liberatorio. El riesgo de la solvencia de B en caso de *cesio pro soluto* es ciertamente soportado por el cesionario C. Si por el contrario el cedente asume el riesgo de la operación para eliminar el peligro que afectaría al cesionario C en caso de insolvencia del cedido B, lo que se produce entre las partes es una *cessio pro solvendo.* Con ella el cedente asume la garantía de la solvencia o, mejor dicho, el riesgo de la insolvencia del deudor cedido.

---

(32) V. sobre este punto la contribución exaustiva de COVIELLO, N., «Della successione nel debiti a titolo particolare» ,en «Arichivio giur», 56, 1896, páginas 327-343; spec. 340.

[16] Aspecto que regula el artículo 1.170, p. 2 C. c.

Conviene distinguir la relación entre el cedente A y cedido B de la relación entre cedente A y cesionario C. La relación obligacional que preexiste a la cesión entre cedente y cesionario, en la cual es deudor el cedente, no se extingue. Con la cesión se opera el efecto traslativo del crédito, pero no el efecto liberatorio, porque la liberación del cedente, deudor del cesionario, está subordinada a la efectiva liberación del crédito por parte del cesionario [17]. Por el solo hecho de subordinar la liberación al buen fin, el cedente soporta el riesgo de la insolvencia, quedando expuesto a la acción del cesionario. En la *cessio soluto* el cedente no está vinculado si no se ha producido una explícita asunción del riesgo, mientras que ésta le incumbe *re ipsa* en la *cessio pro solvendo*. Sin embargo debe recordarse que también en la *cessio pro solvendo* se aplica el artículo 1.267, párrafo 2.º, según el cual, si el cesionario ha sido negligente al gestionar su propio crédito, de este daño no podrá hacer reclamación alguna al cedente. Entra en juego el criterio de la autorresponsabilidad (*sibi imputet*) por el hecho de que el daño no se identifica con la simple insolvencia, sino que depende también de un negligente comportamiento del interesado (art. 1.227).

Al construir la figura de la *cessio pro solvendo* se ha discutido mucho sobre la coexistencia de los dos créditos: el que depende de la relación entre el cedente A y el cesionario C antecedente a la cesión, y el otro entre cedente B y cesionario C, subsiguiente a la cesión. Algunos han rechazado la texis de la coexistencia observando que en la *cessio pro solvendo* no tiene lugar la transmisión de crédito, sino únicamente del simple derecho para exigirlo en virtud de un encargo o autorización para obtener el pago que el cedente confiere al cesionario. Autorización o mandato, según que falte o exista en el cesionario la obligación de exigir. Sin embargo, el crédito continuaría perteneciendo al cedente. Según tal construcción la cesión en función de pago tendría valor únicamente en el marco de las relaciones internas entre cedente

[17] Véanse los párrafos 2 y 3 del artículo 1.170 C. c.

y cesionario, pero no sería oponible a terceros; de donde resulta que el deudor cedido podía pagar al cedente que, por su parte, seguiría respondiendo frente al cesionario, como deudor originario, además de su condición de cedente del crédito. Con esta argumentación se hace extremadamente difícil el determinar la utilidad práctica de la *cessio pro solvendo*, con el peligro de confundirla con otras figuras como la asignación o la indicación de pago. Otros han hablando directamente de una prenda de crédito (33) que con la *cessio pro solvendo* venía a surgir a favor del cesionario. Este, C, en garantía del crédito que obstenta frente a su deudor A, recibiría en prenda un crédito obstentado por el cedente frente a un tercero B. Tampoco esta construcción puede satisfacer: Si el crédito de A frente a B cedido a C fuese en realidad objeto de prenda, vendría a asumir una función subsidiaria, de reserva frente a la relación obligacional principal entre el deudor cedente A y el acreedor cesionario C. Por el contrario, en la *cessio pro solvendo* es el viejo crédito de C frente a A el que queda en suspenso, en posición accesoria y subsidiaria hasta el momento en que el deudor cedido satisfaga al cesionario su interés en la relación principal que se le ha trasmitido con la cesión. Así, pues, la idea de una prenda de crédito invierte la situación de los intereses, haciendo pasar como subsidiaria y accesoria la relación principal, objeto de cesión, cuando la situación contraria es la verdaderamente cierta (34).

Según COVIELLO seguido por BARASSI (35) la *cessio pro soluto* y la *cessio pro solvendo* tienen igual efecto traslativo operando las dos una verdadera cesión. En la *cessio pro solvendo* no existe una cláusula de garantía respecto de la solvencia del deudor cedido; pero la reserva de la liberación garantiza igualmente al cesionario asegurándole el pago. El efecto de garantía se consigue en este caso por la supervi-

(33) En sentido contrario, SALVIO ROMANO, «Il pegno di crediti», 1928, p. 36.

(34) BARASSI, «Teoria gen. obblig.», I, p. 306.

(35) COVIELLO, en «Arcchivio giur.», 56, p. 340 y ss.; Barassi, op. cit., página 305 y ss.

vencia del crédito originario hasta que tenga lugar el pago: ello es en si algo muy distinto de una garantía de la solvencia. Por el contrario, la construcción de una transmisión condicionada suspensivamente no nos permite darnos cuenta del fenómeno debidamente. Decir que el crédito originario sigue existiendo en cabeza del cedente hasta que pague al deudor cedido, es desconocer la realidad de la cesión. En realidad la cesión encuentra su garantía, ofrecida al cesionario para el caso de incumplimiento del deudor cedido B, en la supervivencia del crédito que originariamente obstentaba el cesionario C frente al deudor cedente A. Por otra parte, entre supervivencia del crédito originario para el supuesto de incumplimiento y garantía de la solvencia existe una diferencia dogmática que no puede desconocerse.

IV. Algunos han tratado de aproximar asimilándola la cesión *pro solvendo* y la asignación judicial de créditos.

El interés práctico de esta figura es similar al que satisface la cesión de crédito a título de pago, pero el medio técnico jurídico para su satisfacción es diferente. Tanto en la asignación como en la prenda de crédito no varía el titular del crédito como sucede en la *cessio*, pero se confiere a un tercero un *ius exigendi* respecto del crédito ajeno. El artículo 533, párrafo 1.º, c. p. c. bajo la rúbrica "asignación y venta de créditos" confiere al acreedor la posibilidad de promover la ejecución forzosa a cargo del deudor A, frente al tercero que es declarado deudor B respecto del ejecutado; el tercero está en este caso obligado a pagar a otra persona distinta del deudor ejecutado. Con la resolución de asignación el juez adjudica al acreedor que la insta C en pago, salvo buen fin, el crédito que pertenece al ejecutado A frente al tercero B. GORLA (36) combate aquellas teorías según las cuales en la asignación no se produce transmisión sino únicamente se confiere un *ius exigendi* a persona distinta del titular del

(36) «L'assegnazione giudiziale di credito», 1933; p. 161 y ss.

crédito. Para él (36[a]) la asignación produciría directamente una transmisión del crédito; se atribuiría al adjudicatario un derecho de crédito propio y autónomo. La construcción propuesta es discutible y nosotros vamos a rechazarla. El tenor literal del artículo 553 al decir que el juez adjudica en pago salvo buen fin las sumas exigibles, hace pensar que se confiere el *ius exigendi* de un crédito que surge perteneciendo al deudor ejecutado: de otro modo la ley habría debido hablar de enajenación forzosa del crédito. Además, en la práctica del procedimiento más sencillo y cómodo nos parece que es el de una adjudicación que confiere a los acreedores ejecutantes un *ius exigendi* sobre las sumas debidas al deudor ejecutado, que no se libera por la simple adjudicación, sino que será liberado cuando los acreedores hayan conseguido hacer efectiva dicha suma. Para iluminar la naturaleza jurídica de la adjudicación de créditos debe hacerse una comparación con los Derechos reales sobre cosa ajena. Cuando se constituye un derecho real sobre cosa ajena, no se enajena el dominio, sino que se constituye un derecho que concurre con el derecho de propiedad, el cual se limita por dicha concurrencia. Análogamente, respecto del acreedor, el deudor ejecutado no se ve privado de su crédito, sino que con base en su titularidad se constituye un *ius exigendi* que supone un límite para aquel derecho que sigue siendo perteneciente al deudor.

La situación es análoga a la que se produce en el giro bancario: En la que también se habla de un *ius exigendi* conferido al tomador del cheque. Ciertamente hay una diferencia jurídica entre el giro de una letra de cambio (promesa de pago) y la emisión de un cheque (instrumento de pago). Abstractamente se configura aquí un *ius exigendi* conferido al tomador del documento sobre las sumas que el librador tiene en concepto de disponibles en poder del banquero o de

(36 a) Op. cit., 168. Cfr. PUGLIATI, «Note s. assi giud», en «Annali Messina», 1952.

la institución de crédito. Pero en este último caso el cheque presupone un crédito disponible del librador y confiere la disponibilidad de un crédito.

También puede resultar instructiva una comparación con la *cessio pro solvendo*. Dado que en esta cesión la relación obligacional entre cedente A y cesionario C no se extingue, y que la relación entre cedente A y cedido B surge una modificación que consiste en el subingreso del cesionario en la posición del cedente, parecería un caso análogo al de la adjudicación de crédito que dispone el artículo 553. Parecería que se encuentra en esta forzada cesión *pro solvendo,* en cuanto se produce el efecto suspensivo: la liberación del deudor ejecutado A está subordinada al hecho de que los acreedores ejecutantes C consigan hacerse satisfacer por el deudor de su deudor B.

Se trata, sin embargo, de determinar el alcance jurídico de la resolución judicial de adjudicación. ¿Se opera con ello una auténtica transmisión de la titularidad del crédito, o en cambio surge un simple legitimación del acreedor dirigida a la efectvidad del crédito que sigue perteneciendo al deudor ejecutado? A nuestro parecer se trata de una legitimación conferida por el juez al ejecutante, de un *ius exigendi,* sin necesidad de transmisión del crédito. Con ello no se quiere decir que la adjudicación judicial de crédito sea una simple indicación de pago: En efecto, en este caso que examinamos no existe únicamente una legítimación para recibir como la que se da a favor del *abiectus solutiones causa,* sino que existe también un *ius exigendi.* Tampoco vale objetar (como hace GORLA) que la obligación de hacer el pago no derivaría del hecho de la indicación, sino que podría surgir de un hecho distinto. Es cierto que de una mera indicación activa de pago no deriva un *ius exigendi* respecto de la parte indicada, pero si, en vez de una indicación, las partes realizan una asignación (puesta a disposición de la asignación de un crédito del asignante) el asignatario podrá exigir el crédito del asignado. Mientras la indicación no supone una obligación para el indi-

cado ni confiere ningún derecho (si es activa), la asignación se caracteriza por el hecho de que un crédito se atribuya al asignatario, que obtiene la legitimación para requerir el pago con exclusión del mismo asignante.

Se trata, también de ver si es posible distinguir una sucesión articulada sobre nexo derivativo entre derecho de la persona a quien se sucede y derecho de la persona que sucede, de una subrogación sin necesidad de nexo derivativo por la que el derecho adquirido esté unido y relacionado con el derecho antecedente. GORLA contradice el criterio de distinción que hemos indicado (37) proponiendo que se distinga una sucesión «dependiente" y una sucesión que sería "independiente" (38) según el siguiente criterio. En la primera la sucesión se operaría en virtud de un poder jurídico del sujeto precedente, mientras que en la segunda se operaría en virtud de un poder que no es ejercicio del derecho en el que se sucede. Pero este criterio diferencial no es acertado. El carácter derivativo de la adquisición no viene dado por el poder jurídico del sujeto precedente, sino de un nexo que la ley reconoce entre el derecho del nuevo titular y el del precedente (piénsese en la sucesión intestada, que también se configura como una adquisición derivativa). Si la adquisición deriva del ejercicio de un poder diferente del propio del titular antecedente, entonces no tiene carácter derivativo; ya que presupone siempre una posición de competencia que resulta de la titularidad del crédito o de otra situación de hecho (poder de representación, poder de disposición del acreedor pignoraticio). Pues bien, en la adjudicación judicial la resolución que confiere un *jus exigendi* opera una adquisición derivativa constitutiva.

Por el contrario, parece indudable el carácter de subrogación sin nexo derivativo en la adquisición que se opera con

(37) N. «Natura giuridica della girata dei titoli all'ordine», en «Ri. dir. comm.», 1927, p. 580 y ss.

(38) «Assegn. giud.», p. 193 y ss.

el endoso del título a la orden: caso en que se subentra en la posición de acreedor, pero sin derivar el derecho de crédito de quien trasfiere el documento. Sobre este particular debe distinguirse la adquisición del documento, que se produce en vía derivativa, de la adquisición del derecho de crédito que se una a la declaración representada en el documento; adquisición, ésta, que no tiene carácter derivativo, porque proviene de la del crédito operada por aquella declaración.

Nos conviene llamar en este momento la atención sobre el artículo 1.993 del Código civil, que distingue entre poseedor de buena fe y poseedor de mada fe al que son oponibles las excepciones personales. La posición del poseedor de buena fe es independiente de la posición de su precedente poseedor. Con el endoso, por consiguiente, no se opera una cesión del crédito, y las excepciones *personales oponibles* al transmitente no son oponibles al endosatario: se opera más bien una subrogación sin nexo derivativo en la posición del acreedor. Ello significa: el título de crédito documenta una declaración obligatoria dirigida a un destinatario fungible; quien admite la declaración se obliga frente a cualquier persona que se encuentre en la legítima posesión del título. El hecho de que el título de crédito tenga un destinatario fungible hace que el tomador pueda ser sustituido por otra persona, como si fuese dirigida a esta, *ab initio,* la declaración obligatoria originaria, es decir, como si esta persona fuese el acreedor originario. Este no es un cesionario al que sean oponibles excepciones personales, como por parte de un deudor cedido y notificado podría suceder (1.248), sino que ha subentrado en la posición del acreedor sin que exista nexo derivativo.

V. Después de haber tratado de la cesión de crédito, de la *cessio pro soluto* y de la *cessio pro solvendo,* así como de la adjudicación judicial del crédito, deben indicarse brevemente las diferencias que se producen entre una cesión de crédito

con la delegación, la novación y la subrogación sin nexo derivativo.

a) La diferencia entre la cesión y la delegación, sea esta titulada o pura, debe contemplarse desde el punto de vista del interés en la figura. Mientras el interés propio de la cesión es un interés en la circulación del crédito, el interés en la delegación es un interés en la cooperación de un tercero a través de una asunción de deuda. Mientras la delegación configura un caso típico de accesión, la cesión opera el subingreso de un sujeto en el lugar de otro en la misma relación jurídica (sucesión a título particular). De ello depende el diferente régimen jurídico que la ley confiere a las dos figuras. La cesión de crédito supone el traspaso automático de todos los accesorios del crédito (1.263); por el contrario, la delegación, en cuanto no configura una sucesión en la relación jurídica entre delegatario C y delegante A, hace que las garantías se extingan con la liberación de este último, a menos que se haya hecho reserva expresa en contrario(art. 1.275; Cfr. artículo 1.232, 1.251). Una diferencia similar aparece aún más claramente en la delegación pura, en la que la relación de valuta permanece enteramente independiente de la relación de provisión, actúandose aquella abstración de la relación obligacional que alcanza la máxima intensidad en el giro de títulos a la orden (más adelante § VI, notas 14, 17).

b) Superado el obstáculo que impedía en el derecho romano clásico admitir una forma cualquiera de sucesión a título particular, por lo que se debía recurrir a la figura de la novación (§ II), es posible en el derecho actual alcanzar los mismos efectos de la novación con la cesión de crédito. A diferencia de la novación, en la cesión de credito, el tercero cesionario subentra en la misma relación obligacional existente con anterioridad: razón que justifica la conservación de la garantía una vez realizada la cesión (art. 1.263). En la novación, por el contrario, al extinguirse la preexistente relación de obligación, en cuyo lugar nace una relación nueva, los privilegios, la prenda y las hipotecas inherentes al crédito

originario se extinguen, salvo que las partes hayan pactado expresamente mantenerlas en favor del nuevo crédito (§ IX).

c) Por último, por cuanto se refiere a la diferencia entre la cesión de crédito y la subrogación por pago (1.201, 1.202, 1.203), debe observarse que una y otra resuelven diferentes problemas prácticos, como diferente es también el interés que las promueve. En la cesión se trata de hacer pasar un crédito de un titular precedente a otro titular, lo que significa no tanto que el negocio de transmisión tenga carácter abstracto (39), sino que se trata de un negocio con causa variable en el sentido ya indicado, en cuanto puede servir para dar cauce a las más variadas combinaciones de interés: venta, donación, pago ("cessio pro soluto" o "pro solvendo", según se haga depender el efecto liberatorio del éxito de la operación, del que el cedente asume el riesgo) o también mutuo o transacción (dado que quien quiere prestar no tenga dinero líquido, o el crédito venga comprendido en las recíprocas concesiones prevista por el artículo 1.965). El interés en la cesión es un interés en la circulación del crédito, como bien que puede ser objeto de cambio. Por el contrario, en la subrogación se trata de sustituir un credito por otro: Para lo que no se precisa en absoluto que la adquisición deba tener, como en la cesión, carácter derivativo, sino únicamente que permanezca objetivamente inalterada la relación obligacional en que deba producirse el subingreso. El problema práctico es el de garantizar la recuperación del *quantum abest* al tercero que tenía interés en satisfacer al precedente acreedor (1.203) y que, por lo común, tratándose de prestaciones fungibles, ha tomado la iniciativa en dicha satisfacción (1.2.01) o lo ha hecho posible al deudor (1.202) [18].

d) Una última diferencia sobre la cual debemos llamar la atención es la que existe entre el endoso y la cesión de crédito. Los títulos a la orden, y en particular la letra de cam-

---

(39) Lo afirma BARASSI «Obblig.», I, p. 289.

[18] Ello puede comprobarse pasando revista a los supuestos que contempla el artículo 1.210 C. c.

bio en atención a la posición autónoma en que se encuentra el endosatario (art. 2.011-21 de la Ley cambiario; Real Decreto de 14 de diciembre de 1933, núm. 1.669; 1.933 del Cód. civ.), merecen un especial estudio que haremos en el § V. (40). Por lo que se refiere al régimen del giro, en cuya virtud no son oponibles al giratario las excepciones que provengan de la relación causal subyacente, salvo caso de mala fe, en el sentido de haber actuado intencionalmente en daño del obligado cambiario (1.993) (41).

Intentaremos explicar cómo para exponer la justificación dogmática de inoponibilidad de las excepciones *ex causa* se han escogido diferentes soluciones. Se ha considerado erróneamente el derecho a la prestación cambiaria como un "crédito ambulatorio" olvidando, sin embargo, que el documento no es la cosa principal, sino un accesorio del crédito. Se ha configurado, por otra parte, el giro como un tipo de delegación, sin recordar que la delegación es una figura que se dirige en busca de una asunción por el delegado. En el giro, ciertamente no existe necesidad de una asunción de deuda: quien se obliga a pagar no se obliga personalmente frente al tomador, sino a su orden, es decir, frente a un acreedor fungible. Más adelante en el presente curso (§ V.) se verá que el giro configura en realidad un supuesto de asignación. A diferencia de la delegación pasiva, que se dirige a obtener una asunción, en la asignación no se precisa asunción (§ I. sub 3) en cuanto se presupone un crédito a disposición del asignante y susceptible de ser deferido a otras personas. También en el negocio de giro se difiere un crédito a otra persona, no se transmite como en la cesión. Por ello se explican los diferentes régimenes que las excepciones sufren en uno y otro supuesto.

---

(40) Véase nuestro estudio «Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine», en «Riv. dir. comm.», 1927, pp. 565-615.

(41) Sobre la relevancia de la mala fe en que caiga el adquirente de un crédito inmune a las excepciones gracias a la abstracción de la relación subyacente, tienen un interés retrospectivo BIGIAVI, «Innopponibilità delle eccezioni al delegatario di mala fede», en «Foro it.», 1938, I, 860-63. La cuestión está resuelta hoy por el art. 1.271, p. 2.

§ IV

SUBROGACION EN EL CREDITO, EN LA DEUDA O EN EL CUMPLIMIENTO

1. Subrogación en el derecho o en la obligación; en el ejercicio del derecho o en el cumplimiento de la obligación. Diferencia entre cesión y subrogación, entre traslación y delación del crédito. Reseña de diferentes supuestos de subrogación activa.—2. Subrogación para pago.—3. Figura del sustituto en el impuesto (posibilidad en el subingreso en una relación en estado virtual) y del auxiliar de pago.—4. Indicación de pago pasiva, convencional y legal.

1. Subrogación dentro del amplísimo alcance que tiene este concepto, se puede definir como el fenómeno de subingreso, por el que un sujeto sustituye a otro en la misma posición jurídica que éste ocupa o, por lo menos que le estaba destinada —sea en la titularidad del derecho o de la obligación, sea en el ejercicio del derecho o en el cumplimiento de la obligación— sin que el título jurídico de sujeto que subentra sea necesariamente unido por un nexo derivativo al título del sujeto precedente. Momentos que caracterizan esta figura son (como se ha hecho notar en el § II, sub 3): El subingreso, la permanente identidad de posición jurídica derivada del hecho de no ser necesario un nexo derivativo (1). La diferencia entre las situaciones de hecho a las que la ley une el efecto de una subrogación, y los supuestos de hechos genera-

(1) V. nuestro estudio «Sulla natura giuridica della girata dei titoli al l'ordine», en *Riv. dir. comm.*, 1927, pp. 565-615; cfr. «Teoria gen. d. negozio giuridico» (2.ª ed. rist), p. 557.

dores de un traspaso o adquisición derivativos, puede caracterizarse con la antitesis entre delación y transmisión. En los modos de adquisición a título derivativo el derecho se transmite, y en los correspondientes modos de asunción la obligación se traspasa. Por el contrario, en la subrogación la posición activa o pasiva no se *trasfiere,* sino más bien se defiere al nuevo sujeto; y en la indicada delación la disciplina legislativa tiene un margen de discrecionalidad bastante mayor del que tenía frente a los supuestos de hecho de los negocios traslativos.

Para darse cuenta de la diferencia, es conveniente volver a comparar con la cesión de crédito (§ III, sub 4, c) la subrogación convencional en los derechos del acreedor satisfecho, prevista a favor del tercero que paga en lugar del deudor (artículo 1.201) o suministra (mutuo) a éste el dinero para pagar (1.202); o también la análoga subrogación legal dispuesta a favor del tercero, interesado en el cumplimiento, que paga en el lugar del deudor en las cuatro hipótesis previstas por el artículo 1.203. Diferente es el problema práctico, para cuya solución sirve cada una de las figuras; es diferente el interés que las promueve. En la cesión el problema es transmitir un crédito del precedente al nuevo titular, para actuar entre sí combinaciones de interés que puedan ser de muy diferente naturaleza. El que promueve la modificación tiene, en todo caso, un interés en la circulación del crédito. En la subrogación, por el contrario, el problema práctico es el de garantizar la recuperación de la suma adelantada al tercero que tenía interés en satisfacer al acreedor precedente (Cód. civ. 1.203, número 1, 4), o que, debiendo una prestación fungible, ha asumido la iniciativa de su satisfacción (art. 1.201), o lo ha hecho posible al deudor (art. 1.202) [19]. Con ello se tutela un interés en el regreso y no en la circulación del crédito.

Esta diferencia de problema práctico se confirma por el examen de otras hipótesis de subrogación activa, en la titularidad del derecho, que son previstas por la ley (así el reen-

[19] Así puede contemplarse observando el artículo 1.210 C. c.

vío del art. 1.203, núm. 5). La subrogación de créditos privilegiados, pignoraticios o hipotecarios en el crédito en que consiste la indemnización debida por el asegurador en caso de pérdida de la cosa asegurada, que les estaba sujeta (artículo 2.742): subrogación dirigida a dejar a salvo su expectativa de satisfacción sobre la cosa perdida. También los casos en que la subrogación, en vez de operarse automáticamente se encomienda a la autorización del interesado, haciéndola depender de su iniciativa (2). Así se perfila la subrogación del acreedor que ha visto defraudadas sus garantías reales, en virtud de derechos que obstentaban sobre el suyo determinada prioridad (art. 2.856), o del tercero que ha pagado a los acreedores inscritos o que ha sufrido la ejecución (art. 2.866), o también el tercero que paga, en caso de hipoteca constituida en favor del acreedor una vez satisfecho (art. 2.871) (3). Igualmente se presentan el subingreso que otorga el artículo 1.259 al acreedor que, al hacerse imposible la prestación haya perdido el *commodum obligationis* según los criterios que rigen la carga del riesgo contractual (I, § 1): subingreso en los derechos que corresponden al deudor por razón del hecho que causó la imposibilidad y, con esta, su liberación (4) norma, ésta, de la cual se encuentra una particular aplicación respecto de la indemnización debida en caso de perecimiento de la cosa depositada (art. 1.780 (5). Encomendado a la iniciativa del interesado queda también, según el artículo 1.705, el subingreso del mandante en los derechos de crédito que derivan en favor del mandatario y frente a terceros de la

(2) GIORDANO, «Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il terzo debitore prevista dall'art. 1.705 c. civ.», en *Riv. dir. comm.*, 1953, pp. 93-110; FR. PAOLO NICITA, «Cessio legis rimessa all'iniziativa dell'interesato» (diss. ined., Roma, 1953).

(3) GIORDANO, en *Riv. dir. comm.*, 1953, p. 109 y s.; NICITA, «Cessio legis», pp. 93-100.

(4) G. ANDREOLI, «Note critiche in tema di subingresso ex art. 1.259 c. c.», *Studi parmensi*, III, 1953, pp. 131-150, espec. 137-141, con justa crítica de las insostenibles opiniones de BARBERO y de FEDELE.

(5) Cfr. esta «Teoria gen. obblig, I, p. 186.

ejecución del mandato (6); según el artículo 1.776, el subingreso de los auxiliares del contratista en el crédito corresponde a este último frente al comitente (7) y por el artículo 1.595 el subingreso del arrendador en la posición del arrendatario frente al subarrendatario por el precio del subarriendo. Subrogación automática es por el contrario, la que según el artículo 1.916, corresponde al asegurador que haya pagado la indemnización (hasta la concurrencia de su importe) en los derechos de resarcimiento adquiridos por el asegurado frente a terceros responsables del daño: norma, ésta, que se opone a la del artículo 1.742 orientada en sentido contrario. Automático es también el subingreso que, según el artículo 1.672 corresponde al mediador obligado a la ejecución del contrato, una vez que lo haya cumplido, en los derechos del contratante a quien pagó, contra el contratante cuyo nombre no figura en el negocio gestionado. Otras hipótesis de subrogación legal en vía de regreso son previstas por las leyes tributarias (8) y cambiarias (9).

El problema práctico que resuelve la ley, en muchas normas, con la subrogación legal en el derecho de crédito —sea automática o sea por el contrario encomendada a la apreciación y a la iniciativa del interesado— no es evidentemente un problema de circulación del *nomen,* sino un problema de distribución de cargas y ventajas: un problema de adecuación del dar y del tener entre las esferas de interés de dos personas; problemas, cuya solución requieren de la ley y

(6) N. «Teoria gen negoz. giur», p. 565; GIORDANO, en *Riv. dir. comm.*, 1953, pp. 100-109.

(7) Idem, p. 565; GIORDANO, ídem, p. 107.

(8) Un subingreso legal en los derechos y privilegios de la Administración pública se dispone a favor de quien haya pagado por otro una deuda de impuesto o de tasa, en los casos contemplados en el artículo 57, p. 4.º, del T. un. 29 de junio de 1902, núm. 281, para la efectividad de los impuestos directos; y por el artículo 98 del Dcr. 30 de diciembre de 1923, n. 3.269, sobre la tasa del registro, etc.

(9) Artículos 37, último párrafo, y 82 del Decr. de 14 de diciembre de 1933, n. 1.669 —frente al avalado—; art. 30 de la ley del cheque.

del intérprete una cuidadosa ponderación de la recíproca situación de los intereses en juego. Así, el subingreso previsto por el artículo 1.259 se caracteriza por el hecho de ser deferido a quien (C) no es ya acreedor de la prestación que se ha hecho imposible, y no es todavía acreedor para poder conseguir cuanto se deba por el tercero B al deudor liberado A. Correlativamente el poder de subingreso le corresponde frente a A que no es ya deudor de la prestación que devino imposible, y no es tampoco deudor de la suma que puede conseguir del tercero B a título de resarcimiento. Si se observa la situación recíproca de los intereses se advierte enseguida que no resulta injustificado calificar al uno (C) como acreedor, aludiendo al hecho de que en su patrimonio existe un vacío que debe llenarse, y que se refiere a la exigencia de su *deber-tener* en sentido económico (II, 77, 81); y continuar calificando al otro A, como deudor, aludiendo al hecho de que en su patrimonio hay un exceso que debe salir de él, de donde nace la exigencia de un *deber-dar* entendido igualmente en sentido económico. De modo análogo a lo que sucede en el caso del artículo 2.742 por el hecho de perderse la cosa, toma su puesto un residuo patrimonial, y así en la hipótesis del artículo 1.259 al vínculo que ligaba al deudor respecto del acreedor con relación a la cosa perdida sobrevive un poder de apropiación del virtual *commodum repraesentationis*, destinado a compensar de la pérdida al acreedor defraudado; sobrevive, a manera de anillo de conjunción en el intervalo entre la relación obligacional extinguida y la nueva relación (10). Así también en las hipótesis de los artículos 1.705 y 1.676 (sobre los que volveremos en el § 18), en presencia de dos relaciones de obligación concurrentes, en una de las cuales es acreedor A el mismo sujeto que en la otra es deudor, la ley actúa una combinación o acoplamiento de dos relaciones, de forma que el tercero C que es acreedor en la segunda relación, pueda llegar a conseguir (hasta su concu-

(10) Fr. PAOLO NICITA, «Cessio legis rimessa all'iniziativa dell'interesato» (dissert. Roma, 1933), pp. 132-133.

rrencia) cuando le corresponde frente a quien B es deudor de su deudor en la primera relación indicada; y ello, sin recurrir al ejercicio de la acción subrogatoria (11). Por el acoplamiento de las relaciones se obtiene un maridaje entre el virtual *deber-dar* de A frente a C y su *deber-haber* frente a B, legitimando a C para exigirlo frente a B.

2) Una vez puesto en claro el problema práctico de la subrogación en su diferencia con la cesión, se puede intentar una construcción dogmática de la subrogación por pago (artítulo 1.201, 1.202, 1.203) [20]. El origen histórico de la institución del *beneficium cedendarum accionum* aclara el problema (Paul. D. 46, 1, 36; Cfr. 17 y 39; Mod. D. 46, 3, 76). Se trata de asegurar al codeudor o al fiador o dueño de la cosa dada en garantía que paga al acreedor común, un medio para recuperar la suma entregada, más eficaz y rápido que la acción de regreso que puede competirle, pero que no le compete necesariamente, en la relación interna de mandado o de sociedad de los codeudores, los cuales se aprovechan del pago, al quedar liberados de su concurrente obligación. La cuestión constructiva es la de apreciar cual sea el medio técnico dispuesto por la ley para la solución de tal problema. La dificultad que debemos superar está en la eficacia extintiva que como principio (12) es propia del pago, como modificación del crédito concerniente a su objeto. El pago opera la extinción del crédito en virtud de la función de satisfacción que produce en la economía de la relación, en cuanto por el mismo se atribuye al acreedor la ventaja que le correspondía (II, 76, 78) y que debía serle conferida por medio de la cooperación del

(11) Sobre esta cuestión que examinaremos en el § 18, cfr. hasta entonces n. *Teoria gen. negoz. giur.*, p. 565 y s.

(12) G. HARTMANN, «Die Obligation: Untersuchungen über ihren Zweck u. Bau», 1975, p. 46 y s., spec. 50-52; cfr. MERLO, «La surrogazione per pagamento», 1933, pp. 47-59.

[20] Lo regula el artículo 1.210 que no pretende tener carácter exahustivo de los supuestos de subrogación por pago.

deudor. Debemos excluir que pueda pasar al tercero el crédito satisfecho (13): para poder pasar, debería existir; para seguir existiendo, necesitaría que no se hubiese extinguido con el pago. Y por ello quien quisiera construir la subrogación como una sucesión a título particular, se vería obligado a distinguir dos formas de pago (14): un pago satisfactorio, con *causa solvendi* y efecto extintivo; y un pago recuperatorio, hecho con *animus recipiendi,* con el fin de rescatar el crédito. Pago de indemnización, destinado a desinteresar al acreedor, con efecto no extintivo, sino translativo. Ya PAULO había constuido el negocio como una compra, un rescate del crédito, y hay quien admite (15) que "el acreedor no tanto ha sido pagado, como más bien excluido del vínculo obligacional y privado del derecho de crédito". ¿Pero es ésta una sucesión?

Intentemos darnos cuenta del fenómeno sin perder de vista el problema práctico. Que la primera relación sobrevive, es algo que está fuera de duda. Pero es otra la relación objetivamente considerada, otro el derecho que corresponde a su titular. Distinta es la posición jurídica del acreedor, otro su derecho. Basta tener presente las relaciones de obligación ambulatorias (con sujeto variable) o relaciones en las que la persona del acreedor es fungible, para reconocer inmediatamente la necesidad, en que nos hallamos, de distinguir (16).

---

(13) De paso del crédito habla U. MAGINI, «La surrogazione per pagamento nel dir. priv. it.» (1924), pp. 90, 91, 97 y ss.; el cual encuentra en la subrogación una sucesión en el derecho de crédito (ivi, nn. 30-36; 90-115, sp. 99, 105). Así también MERLO, *op. cit.*

(14) MAGINI, «Surrogazione», pp. 92, 94, 95, 96; BARASSI, «Teor. gen. obblig», I, 288. Cfr. POTHIER, «Introduction aux coûtumes», tit. XX, cap. I, secc. V, nn. 66-87.

(15) MAGINI, «Surr.», p. 92; cfr. 98.

(16) Fenómenos de subingreso se encuentran también fuera del campo de las obligaciones. Así en la sucesión por representación (467) se configura un subingreso del descendiente en la posición sucesoria y en la delación virtual destinada al pariente en grado próximo (in locum praedefuncti parentis). No acierta la crítica de NICOLO, «Vocaz. ered. indiretta» (1934), p. 74 y ss.

Pues bien, lo que sobrevive en los casos de subrogación por pago es únicamente la relación de obligación: de la que el acreedor satisfecho resulta excluido, mientras que el tercero que paga la sustituye en la posición de acreedor ("en los derechos", según la expresión de los arts. 1.201, y 1.202). Esto sirve para resolver el problema práctico, que no es de transmisión o circulación, sino de distribución de cargas y ventajas, de adecuación y maridaje de dar y de tener. La subrogación, al garantizar la sustitución, ofrece un premio al tercero interesado que cumple directamente, en lugar del deudor o indirectamente por su intermediación (1.202), la cooperación debida por el deudor de una prestación fungible. La cooperación de tercero, que teniendo carácter no gratuito, sino oneroso, debería calificarse como una cooperación gestoría, ofrecida con la finalidad de recuperar cuanto se dé para satisfacer al acreedor; ello supone la conservación de la relación obligacional con el único fin de asegurar la recuperación de la suma pagada con un medio más enérgico que una común y ordinaria acción de regreso. No es que deban distinguirse dos tipos de pago y postular, en obsequio al dogma de la voluntad, una intención jurídica diferenciada; sino que se trata de un interés en la recuperación, reconocido, relevante y protegido, y que confiere al pago en cuestión un carácter de transmisión ulteriormente onerosa (se diría que está elevado a la segunda potencia), imprimiéndole una función ulterior. Ciertamente sobre la función satisfactoria, que es la naturaleza del pago, se instaura otra función, que puede llamarse de rescate del débito (o crédito). Precisamente esta ulterior función fue intuida por PAULO (D. 46, 1, 36) al construir la *solutio* como *venditi nominis;* ya que, si la *solutio* hubiera extinguido la actio, se habría excluido la idea de un *mandatum actionis* en favor del tercero que hubiera pagado, y de donde le viniera la posibilidad de comparecer en juicio como *procurator in rem suam.* Por otra parte, no es necesario que "el rescatante tenga un derecho propio que tome

la posición y las garantías del antiguo" (17). Es necesario que tenga un título propio, que lo legitime para ocupar la posición de acreedor. Es distinto el título al subingreso; distinto el crédito que se adquiere por efecto del subingreso. El título viene dado por el pago realizado en relación con el interés que se tenía en pagar. El crédito, por el contrario, nace del hecho de subentrar en la posición de acreedor. Lo que preexiste es la posición de acreedor y, por parte del tercero, el título para subentrar en ella. La adquisición del crédito, por parte de quien paga y subentra en la relación, no se debe a que una transmisión del mismo se haya producido por obra del primer acreedor (que sólo piensa en quedar satisfecho, no en transferir), sino en una delación del crédito unida a la posición de acreedor.

En este momento debemos plantearnos la cuestión de si puede considerarse la adquisición del crédito en la subrogación legal por pago (art. 1.203), como una adquisición a título derivativo, o por el contrario a título originario. Debe responderse que la adquisición se funda en una relación con el antecedente titular, ciertamente, en cuya posición jurídica se sustituye (18) lo que supone un nexo derivativo, pero no está fundado sobre un acto de transmisión que lo haga necesario (19). El crédito no viene transferido por quien lo tiene a

(17) Así MAGINI, «Surrogazione per pagamente», n. 33, p. 97; cuya opinión sometimos a crítica en nuestro estudio en *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 570 y ss.; crítica que hoy nos parece haberse pasado de largo, cuando afirma el carácter originario de la adquisición.

(18) Cfr. HELLWIG, «Sujektive Grenzen der Rechtskraft» (1901), p. 95; SOHM, «Der Gegenstand» (1905), p. 45 y ss.; nuestro «Dir. romano» parte general 47, pp. 177-181; en el que se aclara cuándo y en qué sentido debe resolverse la cuestión sobre el carácter derivativo de la adquisición, por la que una persona toma la posición de otra en orden a un bien que el Derecho protege (179). Por último, ENNECERUS-NIPPERDEY, «Allgemeiner Teil», 14 ed., 1939, p. 582 y ss.

(19) Se modifica así la indicada opinión sostenida en el mencionado estudio en *Riv. dir. comm.*, 1927, 571, aunque manteniendo la hilazón sobre su tratamiento; cfr. POTHIER, «Introduction au titre XX», n. 85, referido más arriba al § I, nota 7. El problema no parece estar bien ponderado por CASS, 2 de agosto de 1947, en *Rep. Giur. it.*, 1947-48, v. «Assicurazioni», n. 213.

quien lo adquiere (pensando cada uno únicamente en conseguir lo suyo), sino más bien, viene deferido por la ley en base del pago, es decir, de un acto que mira a un fin distinto (de donde viene la analogía con la sucesión que defiere la ley a base de una relación de familia). Por ello, al no estar en presencia de un negocio translativo, el régimen jurídico encuentra un margen de discrecionalidad más amplio. En particular, al ser la adquisición independiente de una transmisión que suponga el nexo derivativo, tiene sentido preguntarse si son oponibles al acreedor que subentra todas las excepciones que podían oponerse al precedente titular. Pero esta otra cuestión no debe resolverse con un procedimiento dogmático, según la tendencia abstracta de la *Begriffsjurisprudenz,* sino en atención a las categorías de intereses típicos que la ley toma en cuenta en la regulación de esta figura al distribuir las ventajas y las cargas que produce. Así, el interés y la seguridad de cuanto deba obtenerse por vía de regreso, que la ley confiere en premio a quien ha tomado la iniciativa del pago. En cuanto a la oponibilidad de excepciones, es preciso distinguir las excepciones que se unen objetivamente con la relación *(in rem),* de las que se refieren a la persona de los diferentes sujetos *(in personam).* Las primeras son taras, defectos de la relación, que la acompañan siempre; quedan pues a salvo y son oponibles al nuevo acreedor. Para las segundas únicamente puede admitirse la analogía con su régimen en la cesión de créditos (art. 1.248) en el caso de subrogación que dependa de la iniciativa del acreedor (art. 1.201) la analogía, fundada en la *convenientia rationis,* viene dada por la presencia, en ambos casos, de la iniciativa del acreedor, que no puede privar al deudor de excepciones personales oponibles al acreedor excluido de la relación (§ III, sub. 2). Por el contrario tales excepciones no deberían ser oponibles en la subrogación legal (art. 1.203), ni en la debida iniciativa del deudor (1.202).

En un ordenamiento que no fuese decididamente individualista, sino sensible a las exigencias de la comunidad, tiene

sentido hacerse la pregunta de si una subrogación por pago, sustitutiva del derecho de regreso, no debe admitirse, por interpretación extensiva del artículo 1.203, núm. 3, en todos los casos en que alguien pueda considerarse, según las opiniones sociales, obligado "con otros o por otros" al pago de la deuda, y por ello tenga un interés socialmente apreciable en satisfacerla. Así, el perfil de la subrogación legal hubiera debido, a nuestro parecer, haberse sometido a examen y admitido en el supuesto de hecho decidido por la Cass. 8 de mayo de 1952, número 1.305 (20). Debe preguntarse si el ente público o privado, que hubiese corregido a un empleado suyo, víctima de un hecho ilícito ajeno, privándole de los estipendios o sueldo durante el período de inhabilitación temporal absoluta (debidos en virtud de cláusulas convenidas en el propio reglamento o en el contrato de trabajo), tiene o no, derecho de pedir al autor del acto ilícito, a título de resarcimiento del daño, la recuperación de la suma gastada en pagar los estipendios o sueldos a la víctma sin poder utilizar su capacidad de trabajo. Suponía escasa sensibilidad social la decisión que rechazaba la demanda, limitándose a examinarla bajo el perfil de una acción directa de indebido enriquecimiento, o de una acción subrogatoria. Igualmente admisible parece la figura de la subrogación en casos de deuda conjunta, aunque no sea estrictamente solidaria, cuando deba admitirse un interés social apreciable en satisfacer la deuda ajena conjuntamente con la propia: Así, por ejemplo, en la deuda común de la provisión, que en virtud del artículo 1.755 incumbe a cada una de las partes contratantes frente al mediador, con cuya intervención, el negocio se haya concluido (20ª).

3) En una reseña de las modificaciones de las obligaciones que atiendan a la situación de los interesados, se presentan también las figuras de Derecho tributario que deben califi-

(20) Citada en *Foro it.*, 1952, 323.

(20 a) Confunde la subrogación por pago con la acción subrogatoria el Tribunal de Como, 20 de marzo de 1953, en la causa Magni contra Ballabio.

carse, una, como "sustituto del impuesto", la otra como "auxiliar de pago". En el sistema encuentran lugar y caracterización, una como subrogación en la relación de deuda, la otra como subrogación en el cumplimiento (podría hablarse también de accesión). En una serie de casos previstos por las leyes fiscales nos encontramos con el fenómeno de un *sustituto del impuesto* (21), el cual, en la relación de deuda frente al Fisco, toma el lugar de otro sujeto, que es el verdadero deudor del impuesto, en cuanto se encuentra en la situación de beneficio a la que el impuesto va referido según los principios generales del Derecho tributario. Una investigación que no se detenga en la superficie del fenómeno, sino que profundice la base social que la disciplina tributaria encuentra en la situación de los intereses y, por tanto, en el problema práctico de la norma, descubre en este caso dos relaciones obligatorias, que miran a la Administración Fiscal como sujeto activo:

a) Una es la relación caracterizada por la responsabilidad del "sustituto del impuesto": el cual, por razón del poder de control que le corresponde sobre la actividad del deudor (por ejemplo, dependiente suyo), puede comodamente dirigirse contra este y, frente al Fisco, constituye un blanco más identificable y asequible, más fácil para la imposición.

b) La otra es la relación caracterizada por la deuda de imposición, que se une a la situación de beneficio a la que el impuesto, como carga económica es correlativa e inherente: situación que justifica el impuesto y en la cual se encuentra el deudor sustituido. Con una observación formalista y atomista, que se detenga en la superficie de las cosas, puede parecer que la obligación tributaria no adquiere "vitalidad", es decir eficiencia jurídica frente al sustituido, "puesto que

(21) Sobre este particular A. SIANNINI, «Istituz. dir. tribut.», 102, 103; BODDA, «Il sustituto d'imposta», en *Jus*, 1941, p. 194 y ss. La construcción dogmática se rechaza por ALLORIO, «Dir. proccess. trib.», 1942, n. 42, pp. 191-92; suficientes razones.

la imposición y el cobro se produce frente al sustituto" (22); y puede parecer también que «sólo excepcionalmente, a título de pena por el ejercicio fallido de la repercusión del sustituto frente al sustituido, en los casos en que ésta es necesaria (23), la obligación tributaria se determina *ex novo* a cargo del sustituido" (24), como si éste con anterioridad no estuviese obligado en modo alguno. Pero esta perspectiva formalista y abstracta nos pone fuera de camino. Porque precisamente bajo el perfil de la repercusión se denuncia y se revela, sobre el terreno del mismo Derecho tributario del que se deducen las garantías (25), con la preexistencia de aquella segunda relación obligacional —primera en el orden lógico—, que frente al Fisco permanece normalmente en estado virtual. Precisamente en el aspecto pasivo de esta segunda relación se produce una subrogación a favor del sustituto del impuesto que, haciendo frente a la propia responsabilidad, satisface al Fisco al pagar la deuda del sustituido. En el caso que estudiamos no surge *ex novo* una obligación tributaria, anteriormente inexistente, del sustituido; lo que pasa es que, preexistiendo, no alcanza en estado virtual frente al fisco, como en los casos normales, sino que toma vigor.

Por otra parte, no resulta nuevo ni extraño que la subrogación se opere en una relación (obligatoria o de otra naturaleza) que queda hasta entonces en estado virtual, es decir, destinada en sentido jurídico a un sujeto, en cuanto era llamado, o sería llamado, si se verificasen ciertas condiciones ulteriores; pero que no ha sido efectivamente asumido por él.

---

(22) Así ALLORIO, «Dir. proccessuale tributario», p. 193, partiendo de la tesis (p. 191 y s.) que quiere hacer pasar «por mero proceso mental del legislador» el problema práctico resuelto con la figura del sustituto del impuesto (Steuerersatzplichtiger).

(23) Es decir, impuesto por carga o por obligación, como en el artículo 6.º de la ley de 9 de enero de 1940, n. 2 (cfr. arts. 66 y 33 del D. de 8 de junio de 1936, n. 123).

(24) Así ALLORIO, *op. cit.*, p. 193.

(25) En contra ALLORIO, *op. cit.*, p. 192, n. 48; BODDA, en *Jus*, 1941, p. 215.

Tal es el caso de la *successio in locum praedefuncti parentis*, que hoy se dice "por representación" (Cód. civ. 467). Así, también, el subingreso en la relación contractual en caso de conclusión del contrato por persona a designar, cuando falte la declaración de designación (art. 1.404) (26), en la hipótesis de que el mediador, que contrata por aquella, haya dado ejecución al contrato concluido (art. 1.762). En este caso se produce un subingreso en los derechos de la parte satisfecha: en los derechos que el precepto contractual le atribuía frente al contratante oculto, incluso los no adquiridos y mantenidos en estado virtual (es contraria la hipótesis prevista por el artículo 11 de la ley cambiaria).

Otras normas fiscales preveen, más bien que una subrogación en la deuda del impuesto, una subrogación en el cumplimiento, destinada a facilitar la exacción fiscal con la accesión de un auxiliar (I, sub. e) Así, en la ley de 24 de agosto de 1877, número 4.021, en el artículo 15, declara obligados a los municipios, provincias y otras entidades a pagar los impuestos relativos a sueldos, pensiones, cheques, mutuos, que deben, "repercutiéndolos sobre sus asignatarios y acreedores mediante la retención". Obligación análoga establece el artículo 16 para las sociedades privadas en cuanto a los salarios debidos a sus empleados, y el artículo 17 para los empresarios, comerciantes y profesionales en cuanto a los salarios de sus dependientes, dejando siempre a salvo la repercusión o retención. Excluida la idea de una subrogación por pago (conferida en premio por otras normas fiscales al sustituto del impuesto), la accesión de estos auxiliares de pago sugiere la idea de una indicación pasiva de pago operada por la misma ley fiscal, en lugar y a cargo del deudor del impuesto: indicación legal de un *adyectus solutionis causa* pasivo, obligado al cumplimiento del débito ajeno. La situación es contraria a la que se produce en la asignación judicial de créditos (III, sub. 4), o en la indicación pasiva convencional (art. 1.269),

(26) «Teor. negoz. giur., p. 561.

que se acompañe de una asunción de pago frente al acreedor indicatario (27). Pero esta figura de subrogación en el cumplimiento requiere mayor estudio prestando más atención a su fuente convencional: la indicación pasiva de pago.

4) La indicación pasiva de pago está prevista por el artículo 1.269, que indebidamente le califica la rúbrica como "delegación" y ingenuamente llama al indicado (demandado de pago) "delegado", equívoca denominación ésta, que el artículo 1.273 del Código de 1.865, siguiendo la pauta del artículo 1.277 del Código de Napoleón, había cuidadosamente evitado, con fiel adhesión a la doctrina de POTHIER (§ I, nt. 5). En realidad la indicación de pago no tiene de común cosa alguna con la delegación sino es el aspecto superficial de un fenómeno de "accesion" respecto de la relación obligacional, pero es accesión, no ya de un nuevo deudor, sino de un auxiliar e instrumento de cumplimiento, que podría calificarse como *adyectus solutionis causa* en el lado pasivo; diferencia ésta, de la que la redacción del mismo artículo 1.269 parece darse cuenta, al hablar de encargo al decir que el tercero no viene obligado a aceptar. Ciertamente existe entre los dos una diferencia esencial, que no debe perderse de vista: la delegación va en busca de una asunción de deuda y atiende a provocarla; como tal conduce a novar o, cuando menos, a abstraer, según el artículo 1.271, la preexistente obligación del delegado B frente al delegante A, salvo el caso de la delegación figurada y de la asunción causal. Por el contrario, la indicación no da lugar, ni siquiera por consecuencia, a un subingreso en la relación de obligación (entre A y C) y supone una simple sustitución en el acto del pago, del cumplimiento que se pide del tercero; así resulta que deja íntegra la eventual obligación del tercero indicado B frente al indicante A, de modo que al tercero le

(27) Figura que nosotros hemos identificado como «indicación asuntiva, que puede denominarse simplemente asignación», denominación que actualmente preferimos. *Riv. dir. comm*, 1927, p. 576, en que seguíamos las huellas de BONELLI.

quedan salvas, incluso en el caso de una asunción de pago, las excepciones relativas a la relación de este tercero con el indicante, pudiéndolas oponer al indicatario C (28). Esta situación encuentra una solución práctica en aquella forma de indicación judicial, potenciada por la asignación, que tiene lugar a cargo del adjudicatario frente a los acreedores útilmente colocados por el precio del inmueble adjudicado como consecuencia de la ejecución forzosa. Antes del pago, el adjudicatario puede oponer a los acreedores asignatarios todas las excepciones que hubiera podido oponer al deudor ejecutado, si hubiese comprado directamente a este último; después del pago, cuando sufra la evicción del inmueble, el adjudicatario puede repetir de los acreedores satisfechos el precio que se les pagó (29). También en este caso la falsa analogía que se creía encontrar con la delegación, había llevado fuera de camino al juzgar sobre la oponibilidad de las excepciones (30).

Como la subrogación, esta figura resuelve un problema de distribución, actuando un maridaje de prestaciones de dar y de tener. Ciertamente con la indicación una persona A, que espera un prestación de otra B, autoriza a ésta para hacer a una tercera C la prestación que le estaba destinada (31). Tal indicación sirve para conferir al autorizado B el poder de extinguir, si se trata del deudor, el crédito del autorizante pagando al tercero C, o el poder de poner a su cargo la prestación que haga al tercero; y correlatvamente sirve para conferir al tercero indicatario C la legitimación para recibir (art. 1.188) del indicado B la prestación esperada, no el poder

(28) Lo que hacíamos notar en el referido estudio, p. 577.

(29) Así, acertadamente, GAET. ROSSI, en *Archivo giur*, 56, 1896, pp. 344-361; cfr. *Riv. dir. comm.*, 1927, 578, n. 1.

(30) Parte del concepto de un paralelismo con la delegación GUARNERI-CITATI, en *Riv. dir. comm.*, 1920, fasc. 4; ivi, otra literatura en sentido contrario.

(31) Así COVIELLO, en *Archivio Giur.*, 56, 1896, pp. 318-320; al que nos adherimos en parte, *Riv. dir. comm.*, 1927, pp. 576-78; cfr. 607-09.

para exigirla. Por tanto, la indicación pasiva no configura un caso de representación, sino que da existencia a dos legitimaciones correlativas entre sí: determina así la dirección de origen de la prevista atribución patrimonial (32), y hace que esta, una vez llegada al destinatario designado, asuma (entre A y B) el valor jurídico de un pago que el indicado B hiciese al autorizante A, y correlativamente valga para el tercero legitimado para recibirlo C como si fuese proveniente del mismo autorizante. Sobre tal función de señalar el origen y dirección de la prevista atribución patrimonial y, por tanto, también de su causa, puede decirse que la indicación de pago forma, conjuntamente con el pago autorizado, no ya un negocio plurilateral, sino un supuesto complejo y una unidad continuada (33), análoga a la que une al poder con el negocio concluido por representación (art. 1.392); pero da vida a una interferencia y recíproca influencia de esferas de intereses, que es enteramente diferente. Nos encontramos, más bien, con el fenómeno que volveremos a hallar en el negocio ejecutivo de la delegación (§ VI): una sustitución posible de un sujeto en la posición de otro frente a un tercero. Sólo que el nuevo sujeto sustituye al precedente en el cumplimieno, es decir, en la actuación de la razón causal o de la relación de gestión que se conecta con aquella posición; allí, por el contrario, el sujeto accede (y eventualmente subingresa) en la misma relación obligatoria (34). Esta posible sustitución en la relación se opera mediante el complejo de una doble autorización incluso en el negocio de asignación y, especialmente, en la figura de cheque bancario. En nuestro caso,

(32) Sobre el tema de la indicación consideramos válidas cuantas observaciones se hacen en el capítulo sobre el giro, nn. 5 y 12; *Riv. dir. comm.*, 1927, pp. 576-78, 607-609; cfr. «Teoria gen. negoz. giur., pp. 205 y 581; *Bull. dir. rom.*, 41, 1933, pp. 173-175. Unicamente aconsejamos aceptar, de acuerdo con LENEL (en *Jherings Jahrb.*, 36, p. 112 y ss.), una función de legitimación o de representación conferida con la indicación activa (1188).

(33) Sobre este punto, v. «Teor. gen. negoz. giur.», § 37, p. 307. Más adelante, § VI, n. 32.

(34) Sobre este punto, v. *op. cit.*, 24, pp. 204-206.

sobre la base del contrato de disponibilidad, con el que el cliente constituye una relación de provisión con el banco al que confía su dinero, y del que el banco autoriza a disponer, obligándose a prestar el servicio de caja según las instrucciones y las órdenes que deba recibir en el futuro, viene encomendado por el cliente A a su contratante C y cargando al banco B cada cheque. Según su función, el cheque sirve de instrumento de pago (no de circulación, como la letra de cambio), librado el cliente confiere al tomador un autónomo *ius exigendi* y correlativamente autoriza al banco a pagar su importe (35). Pero de ello ya hablaremos en el capítulo quinto.

(35) Sobre este punto BONELLI, «Cambiale e assegno bancario», n. 390, 747 (en nota); MOSSA, «Il dir. dello check» (1919), 103 y ss., 2.ª ed., 1930; *Riv. dir. comm.*, 1927, 576, n. 3; 609.

Sobre la doble autorización, o mejor autorización y conferimiento de facultades, en la figura delegatoria, cfr. nuestro trabajo en *Riv. dir. comm.*, 1927, 608-9, y los trabajos críticos de BIGIAVI, «Autorización, mandato, orden en la delegación», en la mismta revista, 1938, 98 y ss., especialmente 148-153, que puede ser materia de discusión. Es acertada la crítica que allí se hace a GORLA en la página 152, en la 2, a propósito de la obra de este último «Sull'intervento di un nuovo debitore nel raporto di debito», en *Temi emil.*, 1953, I, 1.

§ V

ASIGNACION Y GIRO

Problema práctico e instrumento técnico para una circulación del crédito, no perturbada por las relaciones causales subyacentes. Delación del crédito. Fungibilidad del sujeto llamado a la posición de acreedor y abstracción de la relación causal.

El procedimiento de la subrogación en la posición de acreedor, mejor que el de la sucesión con nexo derivativo, se aprovecha con frecuencia cuando el problema práctico a resolver no es el de la distribución de cargas y ventajas, característico de la subrogación, sino más bien el otro, de una acelerada circulación del crédito que no encuentra impedimento en la oponibilidad de excepciones derivadas de las relaciones causales subyacentes a la negociación. Entonces el perfil decisivo el interés de la figura nace del destino de la relación y del título que lo documenta, para circular mediante asignación (art. 2.003) o giro (art. 1.407 (1), 2.008). La cláusula "a la orden" [21], incorporada al documento, hace evidente la fungibilidad de la persona llamada a ocupar la posición de acreedor y la posibilidad, conferida al poseedor, de sustituir a otros en su posición. Adecuadamente a este destino,

(1) Sobre el giro del contrato (supra, § III); cfr. NATOLI, en la *Riv. Banca, borsa e titoli di credito*, I, 1951, p. 59 y ss.

[21] La importancia de la cláusula a la orden, puede observarse en el sistema español en el párrafo 1.º del artículo 466 C. de c.

el uso del tráfico y la ley admiten que al traspaso de la posesión legítima [22] (propiedad) del documento (título) se acompañe un subingreso en la legitimación para el ejercicio del crédito, que según una metáfora (muy corriente antes de que se elaborase la noción de título legal) (1*a*) se encuentra en cierto modo "incorporado" a aquél (2); y configuran la obligación que nace de la declaración incorporada al documento como una relación obligacional separada y desvinculada de su base causal, de forma que hace inoponibles las excepciones ex causa a quien subentre en la legitimación en virtud de una posesión legítima (art. 1.993), recognoscible a través de una serie continuada de endosos (art. 2.008).

Conviene analizar esta figura atendiendo especialmente a la circulación de los títulos a la orden. Para hacer idóneo el crédito en orden a una rápida circulación y a una pronta realización, el documento en que consta (título de crédito) es hecho surgir como título legal, que no sólo prueba el hecho constitutivo —la declaración cartularia suscrita con la emisión, la aceptación o la transmisión del título— sino que prueba también la eficiencia actual de la relación jurídica, de la que el título es instrumento. El crédito, así desvinculado de su base causal, no se transfiere (como haría creer la expresión del artículo 2.011, el cual debería correctamente haberse formulado de la siguiente manera: "el endoso transfiere la propiedad del título y hace subentrar en todos los derechos que le son inherentes"; que el endoso, por sí no es una cesión

(1 a) Sobre el título legal, cfr. n. «Teor. gen. neg. giur», p. 290 y ss., y bibliografía allí citada en la nota 13 especialmente; CARNELUTTI y ATTARDI, «Efficacia giur d. atti d. stato civ.», 1949, 59; OPPO, «Titolo "incompleto"», en *Riv. dir. comm.*, 1951, 12; críticas no persuasivas.

(2) Una opinión atomística sostenida por FERRARA (J.), «Girata», pp. 142, 251, recogida y exagerada por BIGIAVI, en *Riv. trimestr. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 7 y ss., trataría de separar uno de otro y sostener la tesis de una transmisión por el mero consentimiento; ivi, p. 29 y ss.

[22] "La propiedad de las letras de cambio se traspasará por endoso". Artículo 461 del Código de Comercio.

(artículo 1.260), se confirma por la norma del artículo 2.015 y por la conversión de un endoso subsiguiente al vencimiento. Más bien el crédito se defiere por "vocación", a un nuevo destinatario, que es designado por la declaración del obligado (emitente, aceptante, endosante) como fungible, es decir sustituible (este es el sentido de la cláusula "a la orden de"). Al estar dirigida a un destinatario sustituible mediante el endoso o identificable con la posesión del documento, la declaración cartularia tiene en la relación interna subyacente entre contratantes inmediatos (emitente y tomador, poseedor y aceptante, endosante y endosatario) sólo la causa remota: es decir, el presupuesto objetivo que da razón del negocio de emisión o de transmisión, o un fin práctico ulterior que se sobrepone a él (3). Ahora bien el carácter fungible del destinatario destaca la relatividad del significado que asume la declaración cartularia según que aparezca dirigida al contratante inmediato, o se dirija a un destinatario ulterior. Tal relatividad de significado, según que la declaración se considere dirigida a uno o a otro destinatario, equivale a dar razón de aquel fenómeno que es la abstracción cambiaria, o en general, cartularia (se verá que una análoga relatividad frente al delegante aclara la abstracción delegatoria: § VI en las notas 14-17).

Se trata siempre de medios técnicos que, articulándose sobre la exigencia de una recognoscibilidad, sirven para satisfacer el interés en una rápida e imperturbada circulación del crédito. La abstracción de la relación causal interna (entre contratantes inmediatos) está en lógica correlación con la fungibilidad del acreedor cartulario, y responde a la necesidad de una circulación independiente de excepciones ex causa (4). El carácter fungible del destinatario al que se dirige la declaración cartularia, y supone, principalmente, el

(3) Cfr. a este propósito nuestra «Teorg. gen. neg. giur», § 20, p. 179 y ss

(4) Cfr. nuestro estudio en *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 597 y ss.; «Teoria gen. neg. giur.», pp. 208-209.

separarse de la relación causal interna como causa remota, y en consecuencia la virtual indiferencia del obligado frente a ulteriores poseedores del título que no incurran en dolo (artículo 1.993). Puede resultar instructiva una comparación entre abstracción cartularia y la que se tiene en la promesa de pago (art. 1.988): la cual no tiene sino el alcance meramente procesal de invertir la carga de la prueba, porque no atiende a un cambio de sujeto de la relación. Por el contrario la declaración cartularia, considerada frente a persona distinta del contratante inmediato, asume una significación que va más allá de la relación interna con éste; y viene desvinculada de la causa que tenía en origen y hecha independiente en la medida en que designa al destinatario como fungible e identificable con la simple posesión del título (art. 2.003, 2.008, 2.021). La fungibilidad del destinatario de la declaración, y por consiguiente del sujeto activo de la obligación cartularia, da razón de la absoluta independencia que asume frente a la relación causal (separada y degradada a causa remota), cuando sea hecha valer entre personas que no son parte de aquella relación.

Una opinión corriente intenta dar razón de dicha independencia, recurriendo a un proceso de "incorporación" del derecho al documento que lo representa, e inclina a concebirlo como una especie de "crédito ambulatorio" Tal proceso se advierte más acentuado en los títulos al portador (piénsese en un billete de Banco), algo menos en cualquier categoría de títulos a la orden, como la de los títulos representativos (por ejemplo, la fe de depósito y la papeleta de empeño: en la que la emisión de esta última supone que al sucesivo endosatario será pedido, por indicación, el pago de la deuda garantizada con la prenda de la cosa depositada). Pero, al menos por cuanto se refiere a los títulos a la orden, esta construcción está en evidente contradicción con la valoración que, en la conciencia social y en el tráfico, se suele tener de la función instrumental del documento: el cual no es considerado como el quid principal, sino como accesorio del crédito —accesorio elevado a índice de la legitimación del acreedor para permitir una rá-

pida circulación mediante el endoso en blanco (5)—. Además, esta construcción está afectada por una evidente diferencia que existe entre la relación de crédito que circula mediante el endoso y las ordinarias relaciones obligacionales ambulatorias con sujeto activo variable: en las cuales, a medida que maduran derechos de crédito o potestativos, se separan de la relación y se fijan en cabeza del propietario *pro tempore* (6). Sobre todo, sin embargo, la metafora materialista de la "incorporación" tiene un defecto análogo a aquella otra que, en la teoría hermenéutica, concibe la forma representativa como un "embalaje del pensamiento", del que lleva su mensaje: una y otra metáfora dan un *idem per idem,* sin llegar a reflejar exactamente el fenómeno de que se trata, o sea en nuestro caso, el nexo inescindible que una la legitimación en el crédito con el documento. Para explicar este nexo basta una reflexión menos enfática y más modesta sobre las funciones posibles del documento frente al negocio y a la relación jurídica que lo representa. La formación del documento puede tener: *a)* una función meramente probatoria; *b)* una función constitutiva exigida *ad substantiam actus; c)* una función impositiva, destinada a hacer valer y transmitir la relación jurídica y a disponer de los respectivos derechos. En este último caso el documento (título) surge como figura de "título legal", para el que la fórmula documental sirve para acreditar la actual eficacia de la relación que en ella se representa.

Teniendo presente los caracteres de la obligación cartularia —fungibilidad del acreedor y abstracción de la relación causal subyacente entre contratantes inmediatos— resulta claro que el negocio unilateral de endoso responde al sentido de la cláusula "a la orden", con la que la obligación se asume, e imprime a la misma la dirección que debe desplegar sus efec-

(5) Cfr. nuestro estudio en *Riv. dir. comm.,* 1927, pp. 584-585.

(6) Non quasi successor, sed iure dominii, Es. art. 1.599 (*Riv. dir. comm.,* 1927, p. 586).

tos; le asigna un nuevo destinatario (7); con el endoso el crédito viene deferido (no transmitido) a un nuevo sujeto, el endosatario; y éste se subroga en la posición de acreedor, es decir, es llamado a subentrar en la posición ofrecida con la declaración cartularia. La vocación está acompañada de una garantía de pago (sin ser por esto una *cessio pro solvendo* en el sentido de los artículos 1.198 y 1.267). Correlativamente, desde el lado pasivo, el autor de la declaración cartularia, que es el obligado principal (emitente, aceptante de la letra) viene obligado con el endoso o, al mismo tiempo, autorizado —en atención a los efectos onerosos para el emitente— para cumplir frente al nuevo acreedor que le viene asignado en lugar del endosante y de quien le haya precedido. Lo que significa que opera frente al obligado, una asignación. Otra vez hemos usado (8), para calificar esta figura, el término "indicación de crédito", poniendo de relieve los rasgos comunes y diferenciales entre esta indicación con asunción, acompañada de una previa asunción de pago, y la simple indicación de pago; pero el término es fuente de equívocos y por tanto debe evitarse (ya que por otra parte reconocíamos la oportunidad de reservarla el nombre técnico de "asignación") (9).

Las objeciones que se han dirigido (10) contra la construcción del endoso como subrogación en la posición de acreedor cambiario derivan, todas ellas, de una interpretación tendenciosa (que CELSO llamaría incivil) de la tesis combatida, la cual se desfigura por comodidad polémica y se reduce a una tesis diferente, contradicha por la disciplina de la institución.

---

(7) Así precisábamos en nuestro estudio en *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 591 y siguientes.

(8) En el mencionado estudio sobre el endoso y el giro en *Riv. dir. comm.*, 1927, pp. 605-607.

(9) Al ofrecer un cuadro de los caracteres análogos y diferenciales entre indicación (ya pasiva ya activa) de pago y de crédito, en *Riv dir. comm.*, 1927, p. 609, nota 3.

(10) FERRARA (J.), «La girata della cambiale», 1935, n. 17, pp. 56 y 57; n. 48, pp. 168-169.

Así, no es cierto, que, según aquella construcción, el endoso se reduzca a una "cesión" (11), o a una "indicación", que no supondría subingreso, sino accesión. Tampoco es cierto que no exista sino una pequeña diferencia de intensidad en el subingreso entre transmisión y delación del crédito. Si se trata de ver qué construcción se contrapone a la nuestra, se encuentra que viene formulada con una exasperación de dudoso buen gusto. La vocación para ocupar el puesto de acreedor con la delación del crédito (11 a) viene caracterizada y concebida como "orden", que supone una "vocación al trono crediticio" (12): calificación, ésta, que tiene el aire de una fanfarronada absurda y de la que lo menos que puede decirse es que peca de un énfasis inútil y ridículo.

Esta descaminado quien ha construido el endoso como una "letra abreviada" y le ha caracterizado como "delegación" (13). Esta opinión no llega a alcanzar la diferencia esencia entre una y otra figura, ya que no hay lugar en ella para una asunción de deuda. La delegación es conceptualmente inseparable de una asunción: tiene necesidad de dicha asunción y mira a provocarla (14); es precisamente este el trazo característico que, como se ha visto (§ I, sub 1-3), distingue esta figura de la asignación, por una parte, y de la indicación de pago, por otro. En el endoso, por el contrario, se trata de

(11) Lo que afirma Ferrara, *op. cit.*, p. 56 y ss.

(11 *a*) A propósito de la delación de un crédito como consecuencia de un negocio (*Riv. dir. comm.*, 1927, pp. 606, 609) debe recordarse a POTHIER, «Introduction aux coûtumes», XX, n. 85: «Los derechos del antiguo acreedor no pasan siempre al nuevo del mismo modo y con la misma naturaleza que tenían, sino modificados, y como convertidos en la naturaleza del crédito que resulte del contrato que se concierta entre el nuevo acreedor y el deudor».

(12) Esta es la construcción de FERRARA, «Girata», p. 168 y s.; de la que señalamos su derivación en nuestra «Teor. gen. neg. giurid.», p. 575, n. 5; p. 589, n. 5.

(13) Cfr. los autores citados en *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 601; a los cuales debe añadirse FERRI, «Titoli di credito», 1950, pp. 69, 73, 88.

(14) Cfr. *Riv. dir. comm.*, 1927, p 605 (donde por «asignación» se usa término «indicación de crédito»)

deferir a otro un crédito que se encuentra ya "a disposición" del endosante, haciendo subingresar un nuevo acreedor en el aspecto activo de la relación obligacional que tiene por término pasivo el primer suscriptor del título o en la emisión, la aceptación; ya que éstos, obligándose con la cláusula "a la orden", da anticipadamente su adhesión a la sustitución de otra persona en la posición de acreedor y se encomienda a la de signación de un ordinatario (15). Al ser la cooperación del obligado cambiario una cooperación debida, esta figura aparece muy próxima a la idea de la "asignación" tal como la hemos caracterizado anteriormente (§ I, sub. 3). En la variedad de sus derivaciones desde el cheque bancario a la adjudicación judicial de créditos, la asignación supone una autorización *(iussum)* al obligado y correspondiente legitimación para exigir por parte del asignatario (16). Según que el interés se dirija principalmente al pago o a la circulación del crédito, debemos diferenciar la legitimación para exigir que confiere la asignación. Con el cheque bancario —instrumento de pago, que por si no está destinado a la circulación— se confiere al tomador un autónomo «*ius exigendi*" frente al banco o persona en cuyo poder está como disponible la suma, y que viene autorizada a pagar por el título. Por el contrario, en los títulos de crédito destinados a la circulación, la legitimación que el endoso confiere, se potencia como delación del crédito.

(15) Sobre este punto se remite a WENDT, «Das allgemeine Anweisungsrecht», Jena, 1895.

(16) Cfr. BONELLI y MOSSA citados en la nota 35 del § IV. Véase además BIGIAVI, en *Riv. dir. comm.*, 1938, 98-153, especialmente las cuestiones allí tratadas, p. 106 y ss., 122 y ss., 139 y ss., 148-153. Tiene un intersé retrospectivo, dado el actual régimen la nota de BIGIAVI en *Foro it.*, 1938, I, c. 860-863, sobre «la inoponibilidad de excepciones al delegatario de mala fe»; cfr. artículo 1.271, p. 2; 1932 pr.

§ VI

DELEGACION E INDICACION DE PAGO

I. Delegación. Comparación con la asignación. Delegación activa y pasiva. Fase preparatoria de la delegación: la autorización (Iussum). Delegación pura y titulada: esencia de la abstracción delegatoria. Fase conclusiva de la delegación y su estructura.—2. Indicación sobre la elaboración dogmática de «delegatio», «expromissio» y «adsignatio». Primera diferenciación de la asunción delegatoria frente a otras figuras afines. El riesgo de la operación en la delegación. Estructura de la relación de delegación.—3. Indicación de pago. Fase en que se actúa y opera. Diferenciación con la delegación.

Las figuras de que se va a hablar en el presente párrafo constituyen casos de accesión de un nuevo sujeto a la relación de obligación, y están previstas y disciplinadas por el Código civil en los artículos 1.268-1.276; trataremos de aclarar sus respectivas diferencias.

I. Delegación (*). El fin práctico a que atiende esta figu-

(*) Véase principalmente SALPIUS, «Novation und Delegation nach römischen Recht», Berlín, 1864; WENDT, «Allgemeine Anweisungsrecht», Jena, 1895; GIDE, «Etudes sur la novation», París, 1874; N. COVIELLO, «Della successione nei debiti a titolo particolare», en *Archivio giuridico*, 56 (1896), pp. 320-326; 57 (1896), pp. 119-127; BETTI, «Sulla natura giuridica della girata dei titoli all' ordine», en *Riv. dir. comm.*, 1927, 565-615. «Differenza fra expromissio e delegatio con riguardo alla responsabilità del delegante per insolvenza del delegato», en *Annuario di diritto comparatoi*, VI, 1931, parte I, pp. 577-594; «L'attuazione di due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione»

ra es el de conseguir que un sujeto (B), en virtud de una autorización *(iussum)* recibida de otro sujeto (A), que toma a su cargo los efectos onerosos del negocio autorizado, asuma una determinada obligación frente a un tercer sujeto (C).

El interés de quien promueve la modificación de la obligación que estamos estudiando es el interés en aprovecharse de la cooperación de un tercero a través de una asunción, y normalmente pero no necesariamente, por la utilización de un crédito. La cooperación se actúa gracias a una asunción de deuda por parte del tercero (B), el cual, obligándose frente a la persona que le ha sido delegada (C) por su acreedor (A), deberá realizar la atribución patrimonial destinada a este último.

Ello sirve para indicar la diferencia existente entre esta figura y otra, llamada asignación, en la que ni se precisa una asunción de deuda, ni se atiende a provocarla. En efecto, el crédito del asignante tiene un destinatario fungible, y como tal puede ser deferido a otros mediante un acto unilateral, sin que, para perfeccionar dicha modificación, se precise un nuevo obligarse del asignado frente al asignatario. Ello se expresa en otros términos diciendo que en estos casos el crédito está "a disposición" del asignante, el cual puede, en cualquier momento y, por cualquier razón, deferirlo a otros y operar unilateralmente un subingreso en el aspecto activo de la relación obligacional sin que los efectos de tal operación se subordinen a un negocio de asunción por parte del tercer deudor. En la delegación, por el contrario, cuando exista un crédito que deba aprovecharse, tiene un destinatario determinado; como

---

(Contributo alla teoria della delegazione a dare), en *Bulletino dell'instituto di diritto romano*, 41, 1933, 174; GRECO, «Delegazione e obligazione nel diritto civile italiano», Napoli, 1928; M. ANDREOLI, «La delegazione», Padova, 1937; BIGIAVI, «La delegazione», Padova, 1940; véase también MOSSA, «Il diritto dello scheck», Sassari, 1919; GORLA, «L'assegnazione giudiziale del crediti», Padova, 1935; NICOLÒ, «Il negozio delegatorio», Messina, 1932. Para una interpretación extensiva del párrafo tercero del artículo 1.271; GRECO, en *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 252-259.

consecuencia el traspaso sólo es posible a través de un acto particular por el cual el deudor venga a obligarse frente al nuevo sujeto (delegatario). Tal acto es el negocio de asunción.

Bajo el aspecto estructural, sin embargo, la delegación está constituida por una autorización (el *iussum* romano) que un sujeto (A) dirige a otro (B) con el fin de provocar la asunción de una obligación por parte de este último (el llamado acto de asunción delegataria) frente a un tercero (C). Con ello se ha hecho evidente la diferencia que existe entre delegación propiamente dicha e indicación de pago (contemplada en el Código en el art. 1.269), atendiendo esta última, en realidad, a la fase ejecutiva de la obligación, como ya se ha explicado (cfr., más adelante, n.º 3).

Queriendo profundizar el perfil estructural de la delegación observamos que en ella se puede distinguir la existencia de tres relaciones diferentes: 1) La relación que media entre delegante (A) y delegado (B): la llamada relación de provisión; 2) La relación que media entre delegante (A) y delegatario (C): la llamada relación de valuta; 3) La relación que sigue a la asunción de la obligación por parte del delegado (B) que viene a establecerse entre este último y el delegatario. Tal distinción aprovechará para configurar más exactamente la diferencia entre delegación activa y delegación pasiva, diferencia hasta ahora mal apreciada por la doctrina y la jurisprudencia. Algunos autores (1), en efecto, partiendo del supuesto de hecho previsto en el artículo 1.268 del Código civil, han sostenido que tal diferencia es puramente terminológica y carente de contenido sustancial, pudiéndose encontrar en toda delegación, con relación a la posición del delegante, una iniciativa tendente a extinguir un débito (delegación pasiva) y al mismo tiempo para transmitir un crédito (delegación activa). Lo que podría ponernos en trance de suponer una hipótesis (cfr. art. 1.268) en la que se den como preexistentes al *iussum* dos relaciones "de deuda", una de provisión y otra

(1) Como Nicolò, «Il negozio delegatorio», Messina, 1932, pp. 166-167.

de valuta, ya que en tal caso el delegante sería deudor de (C) delegatario, y al mismo tiempo acreedor de (B) delegado. Pero el error está en considerar como necesariamente preexistentes al *iussum* dos relaciones de deuda en función de provisión y valuta. BIGIAVI (2) intuyó, en polémica con NICOLÓ, que mientras que, por ejemplo, en la hipótesis en que el delegante (A) sea sólo acreedor del delegado (B), y ordene a este último obligarse frente al legatario (C), no es posible, a pesar de cuantos esfuerzos se hagan, transformar ésta, que se configura como delegación activa, en una delegación pasiva. Lo cierto es, en efecto, que extremo esencial de toda delegación, activa o pasiva, es la preexistencia de "una sola" relación de obligación, ya sea entre delegante (A) y delegatario (C), ya sea entre delegante (A) y delegado (B) (3). Como consecuencia únicamente la identificación de la relación preexistente llevará al intérprete a calificar la delegación como activa o pasiva. Se tendrá delegación activa cuando la iniciativa de la operación la tome un acreedor, el cual —para obtener una cierta combinación de intereses en las relaciones con (C)— tiende a transmitir a (C) un crédito que tiene frente a (B). Se tendrá delegación pasiva cuando el delegante sea un deudor y tienda con su *iussum,* a extinguir una deuda que tiene frente a (C). El criterio de la calificación deriva de quien toma la iniciativa de la operación. Condición suficiente para dentificar la delegación pasiva es, por consiguiente, la preexistencia al *iussum* de una relación de valuta como débito de (A) frente a (C): para la delegación activa, es la preexistencia de una relación de provisión como crédito de (A) frente a (B). Lo cual no excluye que puedan ser preexistentes las dos relaciones, de valuta y de provisión, y esta es la hipótesis prevista por el artículo 1.268 del Código civil. Pero cuando se trata del criterio diferencial entre delegación pasiva y delegación activa, se debe atender al interés que la promueve;

(2) «La delegazione», 1940, p. 16.

(3) Cfr. nuestro estudio «Sulla natura giuridica de la girata dei titoli all'ordine», en *Riv. dir. comm.*, 25, 1927, p. 602.

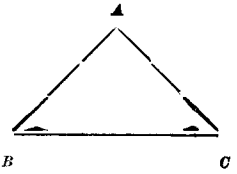
y el artículo 1268 no autoriza a negar por una prevención de orden conceptual la importancia de la distinción, en su fundamento estructural y funcional, que se presenta con toda evidencia en los casos que hemos examinado.

La delegación configura, en el Derecho actual, una accesión en la relación obligacional que se realiza, como hemos dicho, gracias a la cooperación de un tercero (B), el cual asume un débito obligándose frente al llamado delegatario (C). Cuando el delegante es deudor de este último, la delegación se hace *solvendi causa* (art. 1.268). Sin embargo la delegación puede tener a la vista una configuración de intereses diferentes, y tender a realizar, por ejemplo, un mutuo, una donación o una transacción, en cuyos casos, diremos, que se ha realizado *credendi, donandi causa o transigendi causa.* Análogamente la asunción del delegado (B) puede provenir, además de *solvendi causa, credendi, donandi o transigendi causa,* por que no siempre el delegado está ligado al delegante por una relación de débito-crédito. Se tendrá delegación cumulativa cuando el deudor originario, como sucede normalmente, continúa obligado frente al acreedor delegatario a pesar de la asunción del tercero delegado accedente (art. 1.268, párr. 1) (4). Por el contrario, cuando el acreedor lo consienta, el deudor queda liberado: en cuyo caso se tendrá una asunción llamada privativa y una delegación llamada privativa igualmente, que supondrá, según los casos, o una novación de la relación con cambio de deudor, o una sucesión en el débito (art. 1.235).

Como se ha dicho, en la delegación puede identificarse una

(4) Esta es la hipótesis típica, prevista por el artículo 1.268: en ella el acreedor no puede dirigirse contra el delegante, si antes no ha requerido de pago al delegado (art. 1.268, p. 2.º). Sobre el carácter subsidiario que asume la obligación del delegante. V. BIGIAVI, «La delegazione», cit., n. 9, pp. 23-27, en orden a la literatura precedente y de modo particular, COVIELLO, «De la successione nei debiti a titolo particolare», en *Archivio giuridico,* 56, 1896, pp. 321-326.

relación triangular cuyos sujetos (A), (B), (C), son llamados respectivamente delegante (A), delegado (B) y delegatario (C):



La relación A-B, llamada de provisión, la relación A-C es la llamada de valuta (sea o no de débito); la relación B-C, en fin, es la que se establece mediante la asunción por parte de B.

Vista en su aspecto dinámico, la figura merece ser considerada en dos momentos, que son respectivamente caracterizados: I) por una autorización *(iussum)* del delegante (A) al delegado (B), y II) por la asunción de una deuda de (B) frente a (C); asunción que determina, perfeccionándola, la figura de la delegación.

I. Examinando la hipótesis prevista en el Código civil por el artículo 1.268, vemos cómo en la primera fase, que llamaremos preparatoria, el deudor (A) asigna al acreedor (C) un nuevo deudor (B). Lo que debe entenderse en el sentido de que el deudor (A) delega un deudor suyo (B) para obligarse frente a (C), consistiendo la delegación en una autorización *(iussum)* dirigida a (B) por (A). Alguno (5) llama a esta fase "impulsiva", llamando asignación a lo que nosotros llamamos autorización: pero este término debe evitarse, porque no corresponde al "iussum" romano y es apto para inducir a confusión con una institución diferente.

La autorización es, en sentido amplio, una atribución de poderes (6), y, en el fondo de una delegación, puede asumir un alcance ulterior y diferente según la naturaleza de la re-

(5) Como BARASSI, «Teoria generale delle obligazioni», III, n. 261.

(6) Nuestra «Teoria generale del negozio giuridico», 2.ª ed. rist., p. 580.

lación de provisión entre (A) y (B). Una doctrina reciente (7) ha excluido que la autorización pueda, en esta relación, configurarse como un mandato, atendiendo al hecho de que en este último el mandatario asume una obligación en el interés exclusivo del mandante, mientras que en la delegación se tendría asunción de una obligación en el interés exclusivo de un tercero, destinado a recibir la prestación (el delegatario). Tal observación no parece sin embargo decisiva, porque, si la iniciativa para promover esta modificación de la obligación parte del delegante, tendrá, por lo mismo, un interés, que es el interés en aprovechar la cooperación de un tercero (delegado) para sacar partido de un crédito. Más adecuada nos parece la tesis de SALPIUS (8), que excluye que la delegación pueda identificarse en abstracto con un mandato (9), y, sin embargo, no niega su posibilidad en concreto para casos particulares (10).

La declaración del delegante es, como se ha dicho, algo que debe identificarse, más bien, con el *iussum,* al que corresponde la categoría moderna de la autorización. Con ésta se confiere al autorizado un poder de disposición sobre derechos del autorizante y de ingerencia en su esfera jurídica (11). Correlativamente se confiere al delegatario (C) una posición de competencia que se sustancia en una legitimación para reci-

(7) BARASSI, «Teor. gen.», cit, III, p. 123.

(8) «Novation und Delegation nach römischen Recht», Berlín, 1864, p. 48 y siguientes.

(9) Véanse las razones en BIGIAVI, «La delegazione», cit., p. 135 y ss.

(10) SALPIUS, «Novation», cit., pp. 54-59, habla del caso de que el delegatario se obligue frente al delegante a recibir la prestación por su cuenta: en este caso no puede pensarse que la delegación se inicie con un mandato, sino que éste se otorga por el delegante al delegatario y no por el delegante al delegado; cfr. BIGIAVI, «La delegazione», cit., p. 134; en *Riv. dir. comm.*, 1938, 101-112; 122-138.

(11) Cfr. nuestra «Teoria gen neg. giur.», cit., p. 580

bir (12). En el caso de la delegación puede decirse que con la autorización se remueve entre (A) y (B) un obstáculo que de otra forma se opondría a la perfección de esta figura.

Hemos perfilado la diferencia entre delegación cumulativa y privativa. Sobre un criterio diferente debe apoyarse la ulterior distinción, que no debe confundirse con la precedente (13), entre delegación titulada o causal y delegación pura o abstracta. Estaremos frente a la primera cuando el delegante haga referencia a las dos relaciones subyacentes de provisión y de valuta; frente a la segunda cuando se haga abstracción de las mismas (14).

La abstracción delegatoria consiste precisamente en que la obligación asumida por el delegado frente al delegatario no es vulnerable por excepciones derivadas de las relaciones subyacentes de provisión y de valuta. En particular determina el Código, que, salvo pacto en caso contrario, el delegado no puede oponer al delegatario, a menos que éste tenga conocimiento de su existencia, las excepciones que habría podido oponer al delegante, a menos que sea ineficaz la relación entre delegante y delegatario (art. 1.271, párr. 3.º) (15): y no puede el delegado oponer excepciones relativas a la relación entre delegante y delegatario, a menos que exista también pacto en contrario. La *ratio iuris* de esta abstracción es objeto de consideraciones diferentes según se atienda a la relación de valuta y a la de provisión. El delegado no puede oponer al delegatario las excepciones inherentes a la relación de valuta entre el (C) y el delegante (A), porque frente a esta relación él es un extraño, y frente a él dichas excepciones tienen

(12) «Teoria gen negoz giur.», § 27, p. 225 y s. Como la mayor parte de la doctrina, BIGIAVI («La deleg.», cit., pp. 183-184) ve en la delegación una doble autorización, del delegante al delegado, y del delegante al delegatario, pero sin dar importancia (rev. cit.) a la diferencia entre autorización (Ermächtigung) y facultación u otorgamiento legitimador (Bevollmächtigung).

(13) Como por el contrario BARASSI, «Teoria gen.», cit., III, p. 135.

(14) Nuestra «Teoria gen. negoz. giur.», cit., p. 204.

(15) Se aclarará más adelante el valor de esa reserva, nota 19.

el carácter de *exceptiones de iure tertii* (16). Análogo régimen existe para las excepciones inherentes a la relación de provisión (entre B y A), que no son oponibles al delegatario por el delegado: en efecto el modo de producirse tal relación —a la que es extraño el delegatario— y sus eventuales deficiencias no le son normalmente recognoscibles, y por otra parte no se considera oportuno subordinar a tal recognoscibilidad el éxito de la operación, porque el instrumento técnico de la delegación podría resultar afectado con ello y perjudicados sus efectos típicos.

En cuanto al modo de ser de tal abstracción, recordamos que la condición de abstracto, referida a los negocios jurídicos, es relativa y susceptible de una gradación. Ello significa que la separación del negocio de su causa puede ser mayor o menor, y diferente la eficacia de la referencia que a ella se haga. Ahora bien, la abstracción delegatoria aparece con plena evidencia considerando la relación entre delegado (B) y delegatario (C), por la normal inoponibilidad a este último de las excepciones que derivan de las dos relaciones subyacentes de provisión y de valuta (art. 1.273). Tal relación, a menos que se trate de delegación titulada, se separa y es independiente de las otras dos. Pero tal separación se atenúa y desaparece cuando se nos hace considerar singularmente la posición de los sujetos que se enfrentan en el cumplimiento de la delegación: el delegado (B), asumiendo el débito, se refiere a su relación con (A), en el sentido de que al cumplir la delegación, actúa por sí la relación causal de provisión con (A). El delegatario (C) por el contrario, actúa su relación (de valuta) con (A) cuando acepta la asunción de (B) y obtiene el cumplimiento de la delegación. Bajo este perfil, el negocio delegatorio es siempre causal. Se habla sin embargo de abstracción, porque la referencia de las partes a la relación causal subyacente es puramente interna y no recognoscible para la otra parte: lo que supone una degradación de tal relación

(16) Nuestra «Teoria gen. negoz. giur.», p. 204.

a causa remota del negocio de asunción, que se ejecuta por la delegación. Causa remota que como se ha hecho notar tiene la máxima irrelevancia (17). La relativa abstracción de la relación final entre (B) y (C) es el resultado de la génesis separada de dos relaciones causales que tienen por sujeto a la persona del delegante.

La abstracción desaparece en caso de delegación titulada (artículo 1.271, párrafo último), en la que la asunción de (B) tiene carácter causal y hace alusión, frente a la otra parte, a la relación subyacente de provisión: y, si se trata de asunción privativa, configura o una novación o una verdadera y propia sucesión en la deuda (18).

La abstraccin de que se ha hablado no existe tampoco en el caso del párrafo 2.º del artículo 1.271, en el que se reserva la posibilidad al delegado de oponer al delegatario las excepciones oponibles al delegante, en el caso de que carezca de consistencia jurídica la relación entre delegante y delegatario (valuta). Tal reserva, que tiene su origen en el Derecho romano (decisión de Jul. 747: D. 39, 5, 2, 4; D. 44, 4, 7, 1) (19). Se regula con el fin de evitar que el mecanismo de la delegación —medio por el que se opera un maridaje de prestaciones gracias a la cooperación de un tercero en quien concurren dos relaciones obligacionales— puedan funcionar sin que concurran los presupuestos que lo hacen merecedor de tutela. En el caso de ineficacia de la relación de valuta y de la de provisión simultáneamente, prevalece sobre el interés a una rápida circulación del crédito y a un pronto pago, el de evitar una

(17) Idem, pp. 205-206; «L'attuazione di due rapporti», cit., pp. 170-77. La construcción allí indicada ha sido desenvuelta por BIGIAVI, «La delegazione», cit., n. 155, p. 352 y ss. Por el contrario, NICOLÒ había creído eliminarla bautizándola como «artificio dialéctico» (Adempimento dell'obbligo altrui, p. 134).

(18) Véase § II, sub 2; GRECO, en *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 252 y ss.

(19) Cfr. RAPPAPORT, «Die Einrede aus dem fremdem Rechtsverhältnis», Berlín, 1904, p 128 y ss.

atribución patrimonial sin causa (20). Si se da el caso de que sean ineficaces simultáneamente las dos relaciones causales que concurren en la persona del delegante, la operación no llevaría a ningún resultado útil. No produciría ni siquiera la liberación del deudor delegado frente al acreedor delegante, ya que no existe el crédito o ha perdido su eficacia. Si por el contrario fuese eficaz únicamente la relación de valuta, la atribución patrimonial realizada con la ejecución de la delegación llevaría a actuar, con la cooperación del delegado, la relación de provisión entre éste y el delegante, aunque el delegatario reciba un pago que no le es debido: pero en tal caso corresponde al delegante la carga de repetir contra este último la prestación que por cuenta del delegante realizó el delegado.

II. En la segunda fase, que puede llamarse conclusiva, el delegado (B) da ejecución a la delegación asumiendo el débito frente al delegatario (C). Se podría pensar que tal asunción configura un contrato en favor de tercero, que se concluye entre (A) delegante y (B) delegado, en favor de (C) delegatario. Tal construcción podría parecer apoyada por el texto del párrafo 2.º del artículo 1.268 del Código civil que habla de una aceptación del delegatario. Lo que podría inducir a asimilar la posición de este último a la del tercero de que trata el artículo 1.411. Pero tal opinión no refleja exactamente la situación, porque las respectivas declaraciones del delegante *(iussum)* y del delegado (asunción) no se destinan a un encuentro y a formar un acuerdo (21) que se dirija a actuar un complejo de intereses comunes a las dos partes (22). En realidad la asunción delegatoria es un contrato que se concluye entre delegado (B), que asume la deuda, y delegatario (C) que se beneficia de la asunción. Un contrato con obligación unilateral, por cuya virtud surge una sola obligación a cargo de (B) frente a (C). Tal contrato no se concluye en favor de tercero,

(20) Nuestra «Teoria gen. neg. giur., cit., p. 206.

(21) Cfr. ídem, p. 311 y s.

(22) *Op. cit.*, p. 206 in fine.

porque el interesado principal (C), no es parte; y del contrato no surge ningún derecho a favor de (A) tercero extraño al negocio; y si es verdad que este último, en cuanto ha tomado la iniciativa de la delegación, tiene interés en la asunción de (B), es también cierto que el interés preponderante es el de (C), en cuyo favor se verifica la operación. Lo mismo debe decirse de la asunción ejecutiva de la indicación de pago (artículo 1.269), si bien aquí puede a veces aflorar el perfil del contrato en favor del tercero, cuando, quedando extraño al mismo el indicatario, se concluya una asunción meramente interna entre indicante e indicado, que haría de éste un *adyectus solutionis causa* pasivo: asunción que debe llevarse después al conocimiento del indicatario.

De cuanto se ha dicho se puede concluir la diferencia que existe entre la asunción delegatoria y la asunción de que habla el artículo 1.273 (es decir expontánea e independiente de una precedente delegación), el último de los cuales es indebidamente un contrato a favor de tercero, como se aclarará más adelante (en el § VII, n.º 2).

2) Para ilustrar los conceptos expuestos será oportuno hacer una indicación sobre la elaboración dogmática de las nociones de *delegatio, ex promisio* y *adsignatio*. En Derecho romano no existe una clara diferenciación entre dichos institutos, sino que se opera a través de la elaboración de los glosadores y postglosadores, y se establece definitivamente en las obras de DOMÂT y POTHIER (*).

(*) Las fuentes definen el «delegar» como «vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit» (D 46, 2, 11, pr.; Gai, II, 38), y distinguen de la «delegatio (promittendi)» un «mandatum» y un «iussum solvendi» (D. 12, 6, 57, 1; D. 46, 3, 96 pr.; D. 47, 2, 43, 2; C. 8, 41, 7) sobre cuya base se elaborara una «adsignatio» (término que deriva del lenguaje mercantil italiano), correspondiente a la moderna indicación de pago. La delegación se equipara al pago en cuanto a los efectos liberatorios (solvit et qui reum delegat: D. 16, 1, 8, 3; D. 38, 1, 37, 4, etc.): tanto que, si el delegatario quiere excluir tales efectos, debe explícitamente declarar que no libera al delegante (D. 17, 1, 22, 2; D. 17, 1, 45, 7, etc.), al contrario de lo que sucede en el Derecho actual. Del «delegare» no se ha hecho una rigurosa distinción respecto del «expromittere»,

Con base en esta elaboración se diferencia actualmente la asunción delegatoria de las demás figuras afines (23). El pri-

término que sirve para indicar la asunción de una deuda preexistente propia (D. 16, 6, 20; D. 23, 3, 36) o, con mayor frecuencia, ajena (D. 4, 3, 7, 8; D. 12, 4, 4). Tal asunción se produce mediante una estipulación con efectos generalmente novatorios, y, en el caso de deuda ajena puede producirse también una delegación (D. (D. 16, 1, 22; D. 17, 1, 45, 4); sólo en algún texto (D. 14, 3, 29, 3) a la asunción de deuda «per delegationem» se contrapone aquella otra que se llama «per intercessionem» que se produce por propia iniciativa y sin onerosidad (véase nuestra nota, «Differenza fra expromissio e delegatio con riguardo a la responsabilitá del delegante per insolvenza del delegato», en *Annuario di diritto comparato*, VI, 1931, parte 1.ª, p. 579). Lo que demuestra que todavía no se tenía una diferenciación clara entre la asunción delegatoria y la asunción espontánea de una deuda, que no dependa de un «iussum» del primitivo deudor.

En el Derecho romano común, se advierte en los glosadores la tendencia a equiparar la delegación a la novación (v. G. DURANTE, «Speculum juris», lib. IV, pars. 3, tit. «de obligationibus», par. «Nunc» (3), núm. 1); tendencia que se acentúa con los postglosadores, que subsumen expresamente la delegación, cuando está presente el «animus novandi» en la novación. En el correr del tiempo, por obra de CUJACIO y de DONELLO (CUJACIO, «Paratitla in tit. cod. de novationibus et delegationibus») (Opera, ed. Neapolis 1758, vol. IX, c. 1282 y ss.) (DONELLO, «Comentaria juris civilis», XVI, cap. 20, Opera Lucae 1764, IV, c. 907 y ss.) se llega a contraponer la «delegatio» a la «expromissio», insistiendo principalmente en el criterio de la iniciativa, y consiguientemente en el interés que mueve al que es deudor originario en la primera operación, mientras que en la segunda parte de un tercero que interviene espontáneamente. Así para poder configurar una «delegatio», se requiere un «mandatum promittendi» del deudor delegante: lo que, se afirma, no sucede en la expromission, en la que la iniciativa se toma por el nuevo deudor que asume el débito sin una invitación formal del precedente obligado (nuestra nota «Differenza fra expromissio e delegatio..., etc.», pp. 581-82). La diferencia así formada se recoge por DOMÂT («Lois civiles», vol. I, lib. IX, tit. IV, n. 1, ed. 1756, p. 292) y por POTHIER, «Traité des obligatios», parte II, cap. II, art. 6.º, § 1, n. 600), y así pasará inalterada a la doctrina posterior y al Derecho actual.

(23) Sobre este punto véase más adelante § VII, nr. 2. Por ahora bastará con decir que es necesario tener presente la diferencia entre asunción delegatoria, como negocio jurídico que se encuadra en aquella continuidad organizada de negocios que constituye la delegación, y la asunción independiente de la que trata el artículo 1273. Así, sustancialmente, también la jurisprudencia: Cass. 7-3-38; en *Foro it. Rep.*, 1938, voz «Obbligazioni», n. 466; Cass. 7-8-41; íd. Rep., 1941, íd., n. 349; Cas. 17-4-42; íd. Rep., 1942, íd., n: 416; App. Bari, 6-6-38, ídem Rep., 1938, ídem, n. 466; Cass. 7-5-53, n. 1.871, ídem Rep., 1953, ídem, nn. 378-380.

mero es un criterio que señala como piedra de toque el presupuesto en la iniciativa del primitivo deudor (24) que con su *iussum* abre camino al negocio delegatorio, por el interés en actuar el maridaje de la prestación esperada por el delegado con la que ha de satisfacer al delegatario.

Tal criterio justifica la razón por la que se une al delegante el riesgo de la operación a que él da comienzo y como consecuencia queda obligado como responsable en todo caso para el supuesto de insolvencia originaria del delegado (art. 1.274, párrafo 2.º) (25). La insolvencia que tiene importancia con relación a esta responsabilidad es la que existe en el momento en que el delegado asume la deuda frente al acreedor: de la insolvencia posterior, el delegante no responde, obligado como está a garantizar solamente el *verum nomem* (26) porque se trata de un riesgo inherente a la posición de acreedor. La *ratio iuris* de aquella responsabilidad no está en el hecho de que el delegatario desconozca la insolvencia del delegado, y por ello quede defraudado en su espectativa (27), ni está tampoco en el carácter conmutativo del contrato que se con-

---

Sobre la asunción independiente de que habla el artículo 1.273 existe una copiosa jurisprudencia: v. Cass. 4-6-1945, ídem Rep., 1943-45, voz «Obligazioni», n. 499; Cass. 23 de julio de 1952, «Foro it. Mass.», 1952, n. 2.322; Cass. 7-5-1953, n. 1271, etc.

(24) Y no en su conocimiento o su consentimiento: cfr. nuestra nota «Differenza fra expromissio e delegatio», etc., p. 583.

(25) La norma tiene su origen en un pasaje de CUJACIO («Opera omnia», ed. Neap., vol. V, col. 473 y ss.: comm. ad Paulum D. 17-1-26, 2) y en uno de POTHIER («Traité des obligations», part. III, cap. II, art. VI, §3, n. 604)

(26) El delegante garantiza el «verum nomen»: y, en efecto, el artículo 1.276 establece que, si la asunción de la obligación por parte del nuevo deudor se declara nula o anulada, y el acreedor había liberado al deudor originario, revive la obligación de éste. Aparte de la inadecuada terminología (hubiera sido más correcto habla de invalidez del negocio fuente de la obligación, o de ineficacia o inexistencia de la relación obligacional) es necesario poner de relieve que no estamos frente a un fenómeno de aquiescencia de la obligación del primitivo deudor: la obligación de este último se ha extinguido con su liberación, pero es hecha revivir por la ley en garantía del acreedor.

(27) CUJACIO, *loc. cit.*; v. nota en *Annuario dir. comp.*, VI, p. 587.

cluye entre delegante y delegatario, contrato que postula una proporción de las prestaciones (28): porque tal proporción es subjetiva y generalmente dependiente de la valoración de las partes (29). La *ratio iuris* está más bien en el indicado criterio de la iniciativa del delegante, el cual, al hacerse promotor de una operación que tiende a una combinación de prestaciones en virtud de la cooperación de un tercero, no puede dejar de garantizar al delegatario tal cooperación al menos en el momento en que se le asigna (art. 1.268) el nuevo deudor: cooperación que, en el caso de que el tercero sea ya insolvente, es manifiestamente imposible. Sobre la garantía de la solvencia del nuevo deudor y el riesgo de su insolvencia, solamente en materia de cesión (art. 1.266-1.267) y de delegación existe razón para distinguir entre insolvencia preexistente y sobrevenida. La primera supone la responsabilidad de quien ha tomado la iniciativa: iniciativa, que es índice de su preponderante interés a la combinación del dar y del tener. Ahora bien, quien asume la iniciativa, es el cedente o, respectivamente, el delegante. Por el contrario, el riesgo de la insolvencia sobrevenida recae, por razón de autorresponsabilidad, sobre el cesionario o respectivamente sobre el acreedor que aprovecha la delegación (delegatario). Lo que tiene importancia gráfica en caso de delegación privativa porque en ella el deudor primitivo está liberado. Momento decisivo, sin embargo, no es el de la adhesión del acreedor, según el artículo 1.274; sino el de la conclusión de la asunción, cuando ésta se haya concluido por el nuevo deudor con el deudor originario (como en la cesión de empresa).

Con ello se explica también por qué el régimen de la responsabilidad por insolvencia originaria del nuevo deudor no sea idéntico al de la expromisión (el art. 1.274 regula sólo la delegación) [23]: en ella no existe iniciativa del primitivo deu-

(28) POTHIER, *loc.* cit. (Annuario cit., VI, p. 587).

(29) V. esta «Teoria generalle delle obblig.», III, p. 70 y ss.

[23] La responsabilidad por insolvencia del nuevo deudor se regula en el C. c. en el artículo 1.206.

dor, que da razón del riesgo que se produce en la operación de acoplamiento. En la expromisión el primitivo deudor será, ciertamente, consciente del negocio de asunción de deuda que se contrae entre acreedor y nuevo deudor (expromitente), y le dará ciertamente su consentimiento porque está interesado en ello: pero tal negocio se produce sin su iniciativa, faltando por su parte un *iussum,* dirigido al nuevo deudor, y un contemporáneo otorgamiento de la legitimación para recibir dirigido al acreedor. No es justo, pues, que, si con el negocio de expromisión él se ha liberado del acreedor, su obligación reviva en el caso de que se descubra la insolvencia originaria del ex providente.

Esta investigación debe completarse con el examen del artículo 1.270, según la cual el delegante puede revocar la delegación hasta el momento en que el delegado haya asumido la obligación frente al delegatario o haya cumplido el pago a favor de éste: y el delegado puede asumir la obligación o cumplir el pago a favor del delegatario incluso con posterioridad a la muerte o a la incapacidad sobrevenida del delegante. El segundo párrafo de dicho artículo presenta mayor interés para nuestro estudio, y vamos a prestarle cierta atención. Se trata del problema que concierne a la revocabilidad de la designación de un delegado o de un indicado para el pago: negocio, éste, que presenta, como se dijo, los aspectos de un *iussum* o autorización para el delegado y de un correspondiente otorgamiento de la legitimación para el delegatario. Si se calificase este negocio como mandato (30) se caería en la contradicción de olvidar el artículo 1.722, n.º 4, que prevé la extinción del mandato para caso de muerte, interdicción, o inhabilitación del mandante o del mandatario: pero se ha dicho que la autorización *iussum* no debe configurarse como un mandato, y la norma citada lo confirma. Más bien debe hacerse notar que la solución del artículo 1.270, párrafo 2.º, por la que se considera eficaz la asunción o pago producidos

(30) Cfr. supra, sub 1, notas 7-10 allí indicadas.

después de la muerte o la incapacidad sobrevenida del delegante, o respectivamente del indicante, consiente al intérprete hacer algunos razonamientos sobre la estructura del negocio delegatorio. Si la asunción constituyese con la autorización un negocio subjetivamente complejo o un negocio plurilateral (31), la incapacidad sobrevenida del sujeto que otorga la autorización, tendría relevancia para la validez del negocio, dada la necesaria congruencia que en dicho negocio deben tener las declaraciones o los comportamientos de las partes. Puesto que, por el contrario, el negocio de asunción o el pago (en una indicación) pueden válidamente llevarse a cabo incluso si el delegante o, respectivamente, el indicante llegan a faltar o devienen incapaces, lo que muestra cómo la asunción no es una declaración complementaria respecto de aquella otra en que se concreta el *iussum,* o con la destinada necesariamente a encontrarse para dar vida a un único negocio jurídico; pero está ligada a aquélla por un nexo que es, más bien, de continuidad entre negocios diversos cada uno con una fisonomía propia y una eficacia distinta. Tal nexo de continuidad es característico de aquellos negocios que, cronológicamente distantes uno de otro, y sucediéndose, se integran en orden a un mismo fin y tienden a él, articulándose en una continuidad organizada que se llama "procedimiento". Ejemplo típico de procedimiento en Derecho privado es precisamente la delegación, que se lleva a cabo a través de dos negocios distintos, la autorización y la asunción ejecutiva de la misma (32). Otro tanto puede decirse de la indicación de pago. Ello constituye una confirmación, aunque sea indirecta, de cuanto se ha dicho sobre la imposibilidad de configurar la

(31) Así NICOLÒ, «Il negozio delegatorio», nn. 47-48, p. 111 y ss. ; «Adempimento dell'obbligo altrui», pp. 262-263; MESSINEO, «Il negozio giuridico plurilaterale», en *Annali dell'Universitá Catolica,* anno 1926-27, n. VII, p. 24; «Manuale», II, pp. 323 y ss.; ANDREOLI, «La delegazione», Padova, 1937, cap. XIX, p. 395 y ss.; DE RUGGIERO-MAROI, «Istituzioni di diritto privato», II, 1950, p. 104; véase BIGIAVI, «La delegazione», p. 377 y ss.

(32) Nuestra «Teoria gen. neg. giur.», pp. 305-307, Supra, IV, n. 33.

asunción ejecutiva de delegación como contrato a favor de tercero.

3) INDICACIÓN DE PAGO [24].—La indicación de pago está prevista y disciplinada por el Código civil en el artículo 1.269 bajo la denominación de "delegación de pago"; pero tal denominación es —como se ha dicho (§ IV, n.º 4)— absolutamente impropia y debe ser evitada porque puede producir equívocos y confundir las ideas al utilizar un término (delegación) que indica una modificación distinta de las obligaciones (33). En efecto la indicación de pago, como se ha indicado en el número precedente, opera y tiene importancia únicamente en la fase de ejecución de una obligación, y ello supone consecuencias que iluminan la naturaleza de esta institución y sus diferencias respecto de la delegación y de otras instituciones. Mientras la estructura del negocio delegatorio permite identificar un *iussum* del delegante al delegado y una consiguiente asunción de deuda por este último frente al delegatario, y se puede determinar la accesión de un nuevo deudor a la relación obligacional entre (A) y (C), en la indicación de pago no puede advertirse sino un encargo (34) conferido por (A) indicante a (B) indicado, y únicamente de modo eventual una asunción de pago de este último frente a (C) indicatario: lo que supone exactamente una sustitución en el cumplimiento de la obligación (35).

---

(33) De otra opinión es BARASSI, «Teor. gen.», cit. III, n. 255, p. 110. Mucho más precisa era la formulación del artículo 1.273 de cód. de 1865, directamente inspirado en el 1.277 del C. de Napoleón, que decía así: «La simple indicación hecha por el deudor de una persona que deba pagar en su lugar, no produce novación. Tampoco la produce la simple indicación hecha por el acreedor de una persona que deba cobrar por él».

(34) POTHIER, «Traité des obligations», III, n. 519: «Indication, qui se fait par le contract d'une tierce personne, a qui on pourra payer», etc.

(35) Cfr. nuestro estudio en *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 576; M. ANDREOLI, «Delegaz .di pagam. e deleg. semplice passiva», en *Riv. dir. comm.*, 1937, II, 61-69.

[24] Figura que se encuentra acogida en el inciso final del artículo 1.162 del Código civil.

Correlativamente, mientras en la indicación se facilita a (C) el que asuma el contenido de una legitimación para recibir un pago por parte de (B) (art. 1.188), en la delegación el delegatario resulta legitimado para aceptar la asunción de una deuda por parte de (B) (delegado), con la ventaja de la accesión, como principal, de un nuevo deudor (B) a la relación preexistente entre (A) y (C).

Como se ha visto también en la indicación del pago puede haber una asunción de pago, pero esto, si sucede entre (A) y (B), no supone, como en la delegación, la asunción de una obligación del indicado (B) frente al indicatario (C), el cual está simplemente legitimado para recibir gracias a la autorización del indicante (A), salvo que el tercero (B) se obligue directamente también frente al indicatario (C) (art. 1.269, párrafo 1.º).

La naturaleza de la figura y la fase (de ejecución) en que tiene eficacia, aclaran por qué, con la asunción consiguiente a una indicación —asunción de pago— no se opera ninguna abstracción de las relaciones subyacentes: abstracción, que por el contrario es propia de la delegación, como anteriormente se ha visto. Y es obvio. En nuestro caso no existe, en realidad, una nueva obligación que sea necesario poner a cubierto y hacer invulnerable a las excepciones que nazcan de las relaciones subyacentes, porque el mecanismo no resulta afectado ni su funcionamiento comprometido. En la indicación de pago existe únicamente una sustitución en el "cumplimiento" de una obligación (§ IV, sub. 4). Como consecuencia el indicado, a diferencia del delegado, puede oponer al indicatario todas las excepciones que a éste le serían oponibles por el indicante.

A diferencia del artículo 1.273 del Código de 1865 (siguiendo las huellas del artículo 1.277 del Cód. de Napoleón), el artículo 1.269 del nuevo código prevee únicamente la figura de la indicación "pasiva", con la que el tercero resulta requerido (no delegado) por el deudor para cumplir el pago en su

lugar. Pero el sistema del código conoce también la figura de la indicación "activa", por la que el tercero viene requerido por el acreedor para que reciba el pago en su lugar, como *adiectus solutionis causa* (indicación activa que puede tener su origen tanto en la ley como en la resolución del juez). Pero de ella se hace una mención ocasional en otra parte del Código, en que se trata de la "legitimación para recibir" el pago.

El artículo 1.188, erróneamente rubricado "destinatario del pago", trata de tal legitimación y prevé la figura de persona indicada por el acreedor o autorizada por la ley o por el juez para recibirlo" (36).

(36) Cfr. nuestro estudio citado en *Riv. dir. comm.*, 1927, pp. 575, 608, 609.

§ VII

EXPROMISION Y ASUNCION

1. Expromisión. Diferencia con delegación: aspectos de la iniciativa del tercero extraño a la relación de obligación: abstracción expromisoria; comparaciones. Riesgo de la operación.—2. Asunción (art. 1.273 C.C.). Diferencia con otras figuras afines (asunción delegatoria y asunción expromisoria). La «acollatio simplex». Estructura de la asunción ejecutiva de delegación y de la asunción independiente según el artículo 1.273 C.C. Asunción cumulativa y privativa.

I. Expromisión [25].—Existe expromisión cuando un sujeto extraño a la relación de obligación la asuma en su aspecto pasivo por iniciativa propia, sin recibir para ello encargo o autorización del sujeto pasivo de dicha relación. A diferencia de la delegación, en que la iniciativa parte de uno de los sujetos de la relación preexistente, sea de valuta o de provisión, en la expromisión la iniciativa en la figura parte de un sujeto extraño a la relación prexistente. La diferencia indicada no es, como pudiera parecer de poca importancia; todo lo contrario, nos proporciona el criterio para distinguir entre negocio delegatorio y expromisión, y justifican el diferente tratamiento jurídico que la ley confiere a los dos tipos de negocio.

En el aspecto estructural, por consiguiente, la expromisión consiste en una asunción de deuda operada por un tercero frente al acreedor, sin un previo *iussum* (autorización) del

---

[25] Figura acogida en el artículo 1.205 C. c.

deudor. Análogamente a cuanto se dispone en materia de asunción, el artículo 1.272 establece que el nuevo deudor (expromitente) venga obligado solidariamente por el deudor originario, salvo que el acreedor no declare expresamente liberar a este último.

El mismo criterio de la iniciativa y del interés en la figura que en la presente institución pertenece al tercero extraño a la relación obligacional preexistente, justifica el régimen particular de la oponibilidad de las excepciones por parte del nuevo deudor. Dispone el artículo 1.272 en los párrafos 2.º y 3.º que el expromitente (B) no puede oponer al acreedor (C) las excepciones relativas a sus relaciones con el deudor originario (A), allí donde puede oponerle las excepciones que frente a este acreedor (C) hubiera podido oponer este último (A). Pues bien, tal poder conferido al expromitente nos indica, únicamente, el diferente grado de abstracción de las relaciones subyacentes que se verifica, respectivamente, en la delegación y en la expromisión. Mientras no exista diferencia alguna de régimen en lo que se refiere a las relaciones que derivan de la relación existente entre delegado, o expromitente (B), y deudor originario (A), excepciones que son inoponibles en una y otra institución, el expromitente (B) puede a diferencia del delegado, oponer al acreedor (C) todas las excepciones relativas a las excepciones entre acreedor (C) y deudor originario (A), a menos que sean personales de este último. La *ratio juris* de la primera norma, común a ambas instituciones, está, como ya se ha visto, a propósito de la delegación, en la condición de extraño que caracteriza al acreedor (C) respecto de la relación que media entre expromitente (B) o delegado, y deudor originario (A). La razón, por el contrario, del diferente tratamiento que hace la ley frente a la oponibilidad de las excepciones que se refieren a la relación entre acreedor (C) y deudor originario (A) en la expromisión está en que, habiendo tomado la iniciativa en la modificación asumiendo el débito del obligado originario, el expromitente (B) tiene acceso a la relación entre deudor (A) y acreedor (C), asumiendo la posición de obli-

gado solidariamente: lo que, como es evidente, le permite oponer las mismas excepciones que el deudor originario (A) puede oponer al acreedor (C); mientras que supone la preclusión de las que sean personales al deudor originario. Entre éstas se comprende en rigor la compensación, por cuanto se refiere a una relación ulterior y diferente, extraña a aquella a la que el expromitente ha venido a ingresar. Está claro, por último, que las mismas excepciones podrán ser propuestas por el expromitente cuando el acreedor libera al deudor originario, por que en tal caso, como se ha dicho también para la asunción privativa que sigue a una delegación, se verifica una verdadera y auténtica sucesión por parte del comitente, en la relación entre acreedor (C) y deudor originario (A). Por lo que se refiere a las excepciones que derivan de hechos posteriores a la expromisión (art. 1.272 *in fine*), no son oponibles por el expromitente al acreedor, análogamente a lo que sucede en la delegación: ello encuentra, en ambos casos, su justificación y en el principio de la irretroactividad de los hechos jurídicos (1).

El criterio de la iniciativa y del interés en la figura da razón de por qué al deudor originario no le afecta el riesgo de la operación, como sucede en la delegación (art. 1.274, página 2.º), ya que, en efecto, el deudor originario no ha tomado la iniciativa en la operación, no asume ninguna responsabilidad por la eventual insolvencia (originaria) del nuevo deudor (expromitente). No existe ninguna razón para hacer pasar un riesgo al deudor, aunque esté liberado, para el caso de una insolvencia originaria del expromitente, al que pertenecen tanto la iniciativa como el riesgo de la operación. Prevalece el criterio de la autorresponsabilidad del acreedor (VI, sub. 2).

2) Asunción.—Se tiene la figura de la asunción "indepen-

(1) Nuestra «Teor. gen. neg.», cit., pp. 6, 30, y en *Riv. dir. comm.*, 1930, II; 179: Supra, § II, nota 8. Pierde de vista la diferencia con la delegación GORLA, «Sull intervento di un nuovo debitore», en *Temi emil.*, 1933, I, 1.

diente" cuando el deudor y un tercero convengan que ésta asuma la deuda del primero y el acreedor se adhiere a la convención, haciendo así irrevocable la estipulación a su favor (art. 1.273). Definido de esta forma el contrato de asunción, nos sentimos obligados a poner de manifiesto inmediatamente las diferencias que existen entre ésta, que es la figura típica de la asunción independiente de previa delegación, y las demás figuras examinadas al tratar de la delegación y expromisión, que hemos caracterizado como asunción ejecutiva de la delegación y como asunción expromisoria.

A pesar de la identidad de término, en realidad, existe entre estas figuras profundas diferencias estructurales y funcionales, que justifiquen la diversidad de su respectiva regulación jurídica.

Debe observarse en primer lugar que, así en la delegación como en la expromisión, la asunción constituye un momento instrumental en función de una situación jurídica final; no tiene carácter independiente; ni la configuración dogmático-jurídica que se puede dar de ella es la propia de la figura típica de asunción que estamos examinando. Esto último, según la opinión de la mayor parte de la doctrina, se puede configurar como un contrato a favor de tercero, del que sigue la disciplina jurídica (art. 1.411 y 1.413). A reserva de profundizar el estudio de tal contrato debe ponerse de relieve, como ya este aspecto manifiesta claramente la diferencia entre la asunción delegatoria y la expromisoria, que se encuadra en una delegación o en una expromisión.

En efecto, en estas dos figuras se habla de asunción en el sentido amplio de asunción de una deuda, y no en el específico de que trata el artículo 1.273: lo que viene demostrado por una reflexión de carácter general y por las consecuencias que derivan de ella. Deriva de la lógica jurídica que, para poder asimilar un supuesto de hecho a una figura típica, debe haber entre ellas comunidad de *ratio juris,* de alcance y de tratamiento jurídico. Como se ha visto, la razón de ser de la

asunción delegatoria y de la expromisoria está en su papel de negocios instrumentales en función de una ulterior situación jurídica a la que atiende la intención práctica de las partes que dan impulso a la figura. En cuanto al alcance jurídico debe indicarse que, de la asunción delegatoria y de la expromisoria no surge ,a diferencia de la asunción independiente, ningún derecho en cabeza del tercero (A) extraño al negocio (delegante o deudor originario en la expromisión) frente al promitente (B) (delegado o expromitente).

En cuanto al régimen, por último, las diferencias son las concernientes a la oponibilidad de las excepciones por parte de quien asume: mientras, en efecto, en la delegación el delegado que asume (B) no puede oponer como regla general ninguna excepción al delegatario (C) y en la expromisión las únicas excepciones oponibles por el expromitente son las relativas a la relación entre acreedor (C) y deudor originario (A), en la asunción independiente las excepciones oponibles son las que se refieren al contrato de asunción concluido entre el deudor originario (A) y el nuevo deudor (B), por el hecho de que el tercer acreedor, extraño a este contrato, se adhiere a él apropiándose de sus efectos y ventajas.

Una vez puesto de manifiesto estas diferencias se aclara el sentido en que puede hablarse de asunción en el presente capítulo, y volvemos ahora al tema que nos interesa. La asunción independiente de una delegación (art. 1.273) deriva de la figura de la *acollatio simplex,* institución construída en el Derecho común, esencialmente por obra de los prácticos italianos y las decisiones de la Rota Romana (2). Partiendo de textos romanos (D. 39, 5, 28; D. 23, 3, 72 pr.; C. 2, 3, 26; C. 4, 39, 2; C. 8, 53 (54), 22). La *acollatio simplex* se construye como un negocio que media entre dos sujetos, uno de los cuales asume la posición de deudor que obstentaba el otro.

(2) Cfr. N. Coviello, «Della successione dei debiti a titolo particolare», en *Archivio giur.*, 57 (1896), pp. 121-129.

Caso típico (3) es el del comprador de un fundo gravado con un censo que a cuenta del precio pactado para la adquisición, asume la deuda deviniendo *principalis debitor* y quedando obligado, ni más ni menos, como el primitivo deudor. Esta asunción prescinde de una precedente delegación y es un negocio entre el deudor originario y el nuevo deudor, mediante el cual el segundo se compromete a pagar la deuda que el otro tiene frente a un tercero (por ejemplo, el Fisco): el fenómeno se aproxima a una sucesión interna en la deuda, pero no lo concreta en las relaciones externas frente al acreedor por que el primitivo deudor permanece, sin embargo, subsidiariamente obligado en todo caso (4).

La *acollatio simplex* encuentra su correspondencia en el Derecho actual con la figura de la asunción simple, que es algo diferente del supuesto legal que aquí nos ocupa. La asunción simple consiste en un contrato que media entre un deudor y un tercero, por efecto del cual este último se obliga frente al primero a pagar su deuda; pero tal contrato despliega sus efectos únicamente en las relaciones internas entre los dos, de forma que el sujeto que asume la deuda se hace deudor principal, pero no frente al tercer acreedor, que no viene llamado para adherirse al contrato, no estipulando en su favor, sino exclusivamente frente al primitivo deudor (5).

Por consiguiente, la asunción simple derivada del Derecho romano no puede configurarse como un contrato a favor de

(3) DE LUCA, «De emptione et venditione», VII, p. 2.ª, disc. 39, nr. 4; CENCIUS, «De censibus», qu. 73, n. 16; qu. 106, n. 7 y ss.

(4) N. COVIELLO, *op. cit.*, en *Archiv. giur.*, 56 (1896), pp. 323-326; cfr. 57, p. 122 y ss.

(5) COVIELLO, en *Arch. giur.*, 56, pp. 323-326. Tal opinión la comparte la mayor parte de la doctrina; v. por todos BIGIAVI en («Dizionario pratico di diritto privato») voz *Acollo*, pp. 44-48, y PELLEGRINI («Nuovo digesto it.») voz *Acollo*, p. 80.

Sostienen que el contrato de asunción simple tiene eficacia directa frente al acreedor, el cual, como consecuencia, podría dirigirse directamente contra quien asume la deuda y únicamente de modo subsidiario contra el antiguo deudor.

tercero, dado que en el supuesto de hecho el tercero acreedor, no sólo no adquiere derecho alguno frente al promitente (nuevo deudor), sino que ni siquiera es llamado para adherirse al contrato mismo, haciéndolo así irrevocable en favor propio. Por el contrario, la sunción disciplinada en el artículo 1.273 entra perfectamente en la categoría de los contratos en favor de tercero, cuyo tratamiento sigue. La asunción independiente es un negocio complejo (6) constituido por un contrato que media entre quien asume la deuda (B) y el titular de la misma (A), y por la declaración de adhesión del acreedor (C), que hace irrevocable la estipulación a su favor (art. 1.273, párrafo 1.º). Tal negocio es, sin duda, un contrato en favor de tercero en cuanto, dando lugar a una nueva situación jurídica entre (A) y (B), tiende a aportar una utilidad a la esfera de intereses de un tercero (acreedor), al cual se da la posibilidad de apropiarse los efectos ventajosos que derivan de la estipulación. En el caso de que el acreedor no dé su adhesión, el negocio no resultará *inutillis*, sino que, como es un contrato en favor de tercero se aplicará al mismo el artículo 1.411, último párrafo, y se tendrá una conversión del negocio en una asunción simple.

En la figura típica de la asunción distinguiremos, a la vista del artículo 1.273: *a)* Una asunción cumulativa y *b)* Una asunción privativa. Existe la primera cuando el acreedor da su adhesión sin liberar con ella al deudor originario, en esta hipótesis quien asume la deuda tiene acceso a la relación obligacional que media entre el acreedor (C) y el deudor (A), haciéndose deudor solidario con este último (art. 1.273, párrafo 3.º). Existe la segunda cuando el acreedor declare su voluntad de liberar al deudor originario, cuya posición ha sido tomada por el nuevo deudor, que con ello es el único obligado en la relación con el acreedor. En este caso se trata de ver si con ello se opera una novación de la relación obligacional prexistente, a la cual sustituirá una nueva relación entre el

(6) Para el concepto de negocio complejo, véase nuestra «Teor. gen. negoz.», cit. 37, pp. 308-310.

deudor (B) y el acreedor (C), dándose así lugar a una asunción novativa. Si por el contrario no se opera una novación, el nuevo deudor toma el puesto del precedente en la obligacional prexistente; y entonces se tendrá una asunción privativa que opera una verdadera y propia sucesión en la deuda (7).

La calificación de la asunción prevista por el artículo 1.273, como contrato a favor de tercero, resulta negada por alguno (8) con argumentos que no tienen valor concluyente. Meramente conceptual y carente de rigor dogmático es la diferenciación que cómodamente se intenta introducir entre el régimen establecido por dos preceptos, 1.411 y 1.273, valorando el consentimiento del acreedor en el primero, como "simple condición de eficacia" y en el segundo como "elemento que perfecciona la asunción" (9): diferencia inexistente, dado que en ambos casos se trata de "hacer irrevocable" una adquisición ya producida. No casa siquiera tal observación con el régimen del artículo 1.406, dado que no existe analogía, porque —a diferencia de la cesión de contrato, que opera una sucesión— la función por sí sola únicamente puede producir un efecto cumulativo. Tampoco puede decirse que se excluya la posibilidad de una modificación; basta que estén de acuerdo el sujeto que asume la deuda (B) y el antiguo titular de ésta (A). Resulta dudosa, por fin, la pretendida diferencia de régimen de las excepciones (10); y, además, no serviría para excluir una identidad fundamental justificada por la situación análoga de los intereses una vez dada la indudable presencia de un favor. No se excluye, por el contrario, la posibilidad, para las partes, de limitar los efectos de la convención (11) a sus relaciones internas.

---

(7) V. § II; Sub 2.

(8) RESCIGNO, «Acollo e contratto a fav. di terzo», en *Banca borsa e titoli di credito*, 1953, 36-55, y también ivi 1954, 421.

(9) RESCIGNO, *op. cit.*, 1953, 54.

(10) RESCIGNO, ídem, 54-55.

(11) Posibilidad acertadamente indicada por BIGIAVI, «Acollo e contratto a fav. di terzo.», en *Foro it.*, 1942, I, c. 917-919, de una asunción que debe entenderse en «un sentido estrictamente económico» Véase también supra.

§ VIII

ACCESION LEGAL DE RESPONSABILIDAD Y SUCESION LEGAL EN LA DEUDA

Accesión legal de responsabilidad y sucesión legal en la deuda. Contradictoria construcción de una asunción «ex lege». Reseña de las diferentes hipótesis previstas: encuadramiento sistemático (accesión o sucesión legal en la deuda). Interpretación del negocio de asunción de deuda.

Hemos hablado hasta este momento de asunción, ya delegatoria, ya expromisoria, ya independiente, refiriéndonos siempre a negocios jurídicos que deben su existencia a la autonomía privada. Debemos tomar en consideración determinadas situaciones físicas de hecho, en las cuales, a falta de tales negocios, la ley misma les provee de efectos jurídicos peculiares, análogos a lo que dichos negocios operan.

Antes de entrar a hacer una reseña de estas situaciones, tenemos la obligación de tomar posición contra una reciente opinión (1), que califica tales fenómenos con el término de asunción *ex lege;* término, a nuestro parecer, equívoco y contradictorio, que denota una noción poco clara de los conceptos elementales y lleva a tener una perspectiva falsa de los problemas.

Se verá como, en muchos casos que vamos a estudiar, se verifica un fenómeno de accesión legal en la responsabili-

(1) RESCIGNO, «Acollo ex legge», en *Banca, borsa e titoli di credito,* 1954, julio-septiembre, pp. 205-275.

dad (2) y, a veces, de sucesión legal en la deuda; porque, en presencia de determinado negocio jurídico que tiende a operar, junto a un traspaso de bienes, el traspaso de una compleja posición jurídica (por ejemplo, la posición de empresario en la cesión de empresa), la ley provee a la tutela de los intereses en juego estableciendo la persistencia de la deuda en el predecesor y, conjuntamente, una responsabilidad solidaria o subsidiaria del sujeto que subentra en la posición considerada. Ahora bien, al hablar en estos casos de asunción *ex lege* se nos induce a desconocer que lo esencial en la idea de "asunción" es la iniciativa del interesado, o asunción de una deuda ajena. Por tanto, creemos haber aclarado ya en la asunción *delegatoria,* en la que el delegado es quien asume la deuda frente al delegatario, como en la asunción expromisoria, cuya característica esencial es la iniciativa del tercero que asume la deuda frente al acreedor de la relación jurídica preexistente, como, por último, en la asunción de que trata el artículo 1.273, en la que quien asume la deuda lo hace estipulando directamente con el primitivo deudor. (3) En otros términos si es posible hablar de una indicación de pago "legal", en contraposición a la que tiene lugar por un acto de las partes convencional o no (o con la indicación judicial, contenida en una resolución del juez y lo mismo puede decirse de la cesión y de la asignación), no tiene sentido por el contrario construir un paralelismo análogo para la asunción de deuda y hablar de asunción legal o de asunción *ex lege* (4). Ciertamente la ley no "asume" un débito, sino que "lo impone" al particular frente a otras personas, dando lugar a una figura que, como se ha dicho, podrá calificarse rectamente de "accesión legal" en la responsabilidad (cuando la ley deja subsistir como relación de solidaridad o de subsidiaridad el

(2) Según la noción que de ella se dio en esta «Teoria obblig.», vol. II, nn. 13-14 y nn. 19-20, pp. 33 y ss. y 82 y ss.

(3) Es sustancialmente acorde la crítica de KISCH, «Handbuch», III, p. 335.

(4) Como, de acuerdo con otros autores, construye RESIGNO, cit., pp. 208 y ss. y 266 y ss. Se puede recordar también la figura del legado «ex lege».

débito preexistente), o de "sucesión legal" en la deuda (cuando la ley absorve la deuda preexistente en la del nuevo sujeto). Nos parece exacta, por tanto, la otra opinión, según la cual debe hablarse en este caso más bien de "efectos" análogos a los que se consiguen con una asunción de deuda, sin que exista el supuesto de hecho generador de tales efectos (5).

Todo esto puede verse, en particular, en la cesión de empresa comercial (supra, § II, sub. 4, c). La ley establece, en tal caso que el enajenante no queda liberado de las deudas inherentes al ejercicio de la empresa, anteriormente a su transmisión, sino aparece que lo hayan consentido los acreedores (art. 2.560, p. 1); pero a ello se añade la responsabilidad solidaria del adquirente, si las deudas resultan de los libros de contabilidad obligatorios (art. 2.560, p. 2). Para explicar estas últimas responsabilidades no ha faltado quien haya recurrido a la idea de *obligatio propter rem;* pero con tal opinión se está ciertamente fuera de camino, porque no se trata en este caso de gravamenes inherentes a una cosa (por ejemplo, a un fundo) y por que el deudor (adquirente) no puede, como le sería posible si se tratase de una carga real (6), liberarse de las deudas abandonando la empresa. Es inútil, a nuestro parecer, comenzar ahora un estudio (7) en torno al problema de la empresa, y a la pretensión de situarse en una posición intermedia entre los sujetos y los objetos de derecho: concepción ésta a la que debe equipararse otra que se refiere a una mítica *universitas juris* (8). Es suficiente atenerse a la

---

(5) WESTERKAMP, «Bûrgschaft und Schuldbeitritt», en *Berliner Rechts und Staas-wiss. Studien,* 1908, § 12, p. 254 y ss., que habla de «Schuldbeitrittswirkung ohne Schuldbeittrists-tatbestand».

(6) Para el concepto de «Obligatio propter rem» y de cargas reales, véase esta «Teor. gen. obblig.», I, pp. 21-27; cfr. II, 90.

(7) RESCIGNO, cit., pp. 228-229.

(8) Expresión que causa dolor en un oído al que sea familiar el latín por su sabor bárbaro.

opinión de reconocido buen sentido (9) que atribuye relevancia jurídica a la objetiva continuación del ejercicio de la empresa. Es éste, en la consideración legal, el punto decisivo para la valoración comparativa de los intereses en juego (Cfr. las normas de los art. 2.104, 2.112 p. 2, 2.558, 2.610, Código civil) (10).

No tiene sentido recurrir a la idea de una asunción *ex lege*, por que la ley no "asume" ninguna deuda para el adquirente, sino que tutela el interés de quienes con la empresa comercial, objetivamente considerada, tiene relaciones de crédito que derivan de actividades precedentes y relativas al ejercicio de la empresa misma, uniendo a la cesión de la empresa, a la que son inherentes las deudas, una accesión de responsabilidad.

Se llega a análogas conclusiones citando aquellos otros casos, en que, a través de negocios jurídicos privados, se actúa el traspaso de una posición jurídica de un sujeto a otro, que viene a tomar la posición del primero frente a los demás. Así, por ejemplo, en materia de comunidad; si uno de los "partícipes en la comunidad" ha cedido su cuota, el cesionario está obligado solidariamente con su causante al pago de las contribuciones por gastos de conservación y goce de la cosa común y los demás gastos ordenados por la mayoría (artículo 1.104, p. 1) y, en particular, por las contribuciones que, debidas por el cedente, no se hayan pagado todavía (art. 1.104,

(9) GIORDANO, «In tema di successione nell'impresa e nei rapporti inerenti al suo esercizio», nota a sent. Trib. Napoli, 4-2, p.1949, en *Riv. giur. del lavoro*, 1950, I, p. 202. Cfr. supra, § II, sub. 4 c.

(10) RESCIGNO, *op. cit.*, p. 231, operando una aproximación, aunque sea parcial, del artículo 2.560 y el artículo 1.273, habla en este caso de asunción convencional; pero diciendo que: «... el negocio que tiene por objeto la cesión de empresa comprende también la declaración de las partes que operan la transferencia y la «participación» de los acreedores relativa a la asunción de los débitos». Con ello se afirma, a nuestro parecer, lo que no está demostrado, o se recurre a presunciones o ficciones que están bajo la influencia del dogma de la autonomía de la voluntad, y no tomando contacto con la realidad del fenómeno no explican nada. Más bien debe decirse que la ley opera en este caso (2558) con una «interpretación típica» del negocio concluido (§ II, sub », c).

párrafo 3.º). En este último caso la ley, en tutela del interés de los otros condóminos en el buen uso y mantenimiento de la cosa común, establece una accesión legal en la responsabilidad, poniendo junto al primitivo deudor hasta entonces obligado (cedente de la cuota), en relación de solidaridad activa, al cesionario que ha subingresado en la posición jurídica de condominio, imponiendo a este último una responsabilidad por la misma deuda del primero. Análogas situaciones justifican, en materia de enfiteusis, la disciplina de los artículos 967 y 965 del Código civil; el primer artículo establece (párrafo 1.º) que, en caso de enajenación, el nuevo enfiteuta está obligado solidariamente con el primero al pago de los cánones no satisfechos, así como igual responsabilidad le aplica en el caso de enajenación realizada contra la prohibición contenida en el acto constitutivo de la enfiteusis, para las obligaciones que el primitivo enfiteuta sigue teniendo frente al concedente (art. 965, párrafo 4.º). En estos casos la ley tutela el interés del concedente frente a la enajenación del derecho de enfiteusis, a fin de que, en el traspaso de la posición enfiteútica de un sujeto a otro, no se perjudiquen sus derechos; ya que el concedente no tiene interés en este supuesto más que a un regular desenvolvimiento de la relación. Como garantía del derecho del concedente la ley impone al nuevo enfiteuta una responsabilidad solidaria por las deudas de su causante.

En el mismo orden de fenómenos deben colocarse las hipótesis previstas por los artículos 2.356 y 2.481 del Código civil, en materia de sociedad por acciones [26] y de sociedad con responsabilidad limitada: hipótesis que también difieren de las que hasta ahora hemos examinado, porque en ellas se produce una accesión en la deuda que debe considerarse en un sentido particular diferente. El primer artículo establece que en una sociedad por acciones, los que han transferido

[26] Es lo que establece el artículo 45 L. S. A. de 17 de julio de 1951 para las sociedades anónimas. Para las sociedades de responsabilidad limitada no se plantea en el Derecho español esta cuestión, ya que el artículo 3.º de la Ley de S. R. L., de 17 de julio de 1953, exige que éstas tengan desembolsado todo su capital desde su constitución.

acciones, no desembolsadas por completo, están obligados solidariamente con los adquirentes para efectuar los pagos todavía debidos, por el período de tres años, a partir de la transmisión; y análogamente dispone el artículo 2.481 para las sociedades de responsabilidad limitada, en la cual, una vez verificada la cesión de cuota, el enajenante está obligado solidariamente, con el adquirente, por el mismo período, para efectuar igualmente los pagos debidos. En este caso, a diferencia de los anteriormente examinados, la ley deja subsistir la deuda en cabeza del primitivo sujeto de la relación obligacional, junto a la de quien viene a tomar su posición jurídica, y que está también obligado a la deuda frente a la sociedad en virtud del título (acción o cuota). Con la transmisión de las acciones o de la cuota del enajenante estaría liberado; pero la ley le tiene siempre obligado solidariamente con el adquirente para defender el interés de la sociedad; por la que la accesión legal que en este supuesto se verifica es una accesión de deuda del sujeto que ha operado la transmisión de su posición jurídica a otro sujeto, y no viceversa, como en las hipótesis precedentes. Pero ello no impide que se esté sustancialmente en el mismo orden de fenómenos y que se pueda hablar siempre de accesión legal en la deuda y en la relativa responsabilidad.

Merece particular exámen el párrafo primero del artículo 1.408 (supra, § III, sub. 1), en materia de cesión de contrato; según el cual el cedente está liberado de sus obligaciones frente a la otra parte desde el momento en que la sustitución se hace eficaz frente a la misma, es decir, desde el momento de la notificación de la cesión o de su aceptación (art. 1.407, párrafo 1.º). No sería exacto configurar esta hipótesis como una sucesión legal en la deuda (11). Un análisis más cuidadoso del fenómeno lleva a observar que forma parte de la convención sucesoria una asunción privativa relativa a las obligaciones del cedente frente al contratante cedido;

(11) Así con esfuerzo evidente pero que no convence en absoluto RESCIGNO, «Acollo ex lege», cit., pp. 240-44.

asunción que determina una sucesión (convencional) en la deuda (12). Por el contrario se pueden reconducir a la idea de una verdadera "sucesión legal" en la deuda ciertos supuestos de hecho, como son, a nuestro parecer, los previstos por los artículos 668, p. 1, y 1.010, p. 1; en los cuales está presente la unión de los débitos con la "universitas" hereditaria, o también las hipótesis de que tratan los artículos 1.717, párrafo 4.º, y 1.762, párrafo 2.º; en las cuales la sucesión legal en el débito tiene función de garantía para la confianza de la otra parte. De modo diferente, en las hipótesis reguladas por los artículos 2.269, 2.320, 2.338, párrafo 2.º, se tiene una accesión legal en la deuda y en la responsabilidad, que está justificada por la comunidad de intereses (13).

Las hipótesis que hasta aquí hemos venido tratando, igualmente que las examinadas en el § II, sub. 4, nos parecen que aclaran suficientemente nuestra posición sobre el problema de la accesión legal en la responsabilidad y de la sucesión legal en el débito.

Cuando se intenta evitar la ficción de una asunción *ex lege* se comprende que un problema concerniente a la interpretación puede surgir únicamente en presencia de un negocio de asunción de deuda: negocio que, como se ha visto, puede encuadrarse en una delegación o en una expromisión, o también es independiente de ellas (art. 1.273). Para determinar si el supuesto de hecho que se considera debe calificarse de asunción delegatoria, expromisoria, independiente o simple, debe recurrirse a la interpretación psicológica, a la que se someten los contratos en general (art. 1.372, Cód. civ.). Si tal criterio hermenéutico, no conduce a una unívoca determinación de la intención común de los contratantes, el negocio de asunción se somete a una interpretación técnica que se opera con criterios objetivos (14), que ayudan a descubrir

(12) Supra, § III, sub 1.

(13) Véase sobre este punto RESCIGNO, *op. cit.*, nn. 9 y 10, en *Banca, borsa e titoli di cred.*, 1954, pp. 246-254.

(14) Nuestra «Interpretazione della legge e degli atti giuridici», p. 292 y ss.

el sentido, y como consecuencia hacen posible la calificación del negocio a través, únicamente, de las declaraciones preceptivas de las partes, sin que deba aludirse a la concreta *mens* de estas últimas y prescindiendo de absurdas "presunciones de voluntad" (15).

A través del procedimiento interpretativo se llegará a averiguar si el negocio de asunción supone liberación del deudor originario, o cúmulo de obligaciones de este último y del nuevo deudor. En el primer caso, cuando se trate de una asunción liberatoria o privativa, nos queda aún por ver si supone novación o sucesión en la deuda. Se tendrá la primera cuando se averigüe (16) que la relación preexistente sustituye a otra relación tomando su puesto, dado el carácter peculiar de la novación, que extingue la precedente obligación absorviendo su objeto y poniendo una nueva en su lugar. Se tendrá por el contrario sucesión a título particular cuando el nuevo deudor tenga que sustituir al precedente sujeto en la relación preexistente. Esta sucesión a título particular en la deuda es una verdadera y auténtica sucesión (17), que en su estructura debe aproximarse a la sucesión a título universal; de la cual se distingue, sin embargo, por su función, en cuanto no depende de la desaparición de un sujeto, si bien atienda a su salida de la relación jurídica preexistente. Por el contrario, en nuestro ordenamiento no se dan casos en que el negocio de asunción suponga un fenómeno de subrogación sin nexo derivativo entre la posición del deudor originario y la del nuevo deudor en la relación jurídica preexistente.

---

(15) Es vano intento el referirse a los elementos «voluntarios» en la interpretación de las declaraciones de palabra, como propone RESCIGNO, «Assunzione del debito altrui», en *Arch. giur.*, 41, 1951, p. 107 y ss., también está descaminado quien recurra a «absurdas presunciones de voluntad», que se reducen a meras ficciones; STAMMLER, «Recht des Schuldverhâltnisse in seinen allgemeinen Lehren», 1897, p. 206.

(16) Se entiende, en vista del resultado práctico al que se dirige la intención de las partes contratantes (cfr. «Teo gener. d. negoz. giur.», § 6, p. 34 y ss.)

(17) V. supra, cap. II, sub. I.

§ IX

NOVACION Y ASUNCION NOVATIVA

1. Derivación histórica y desenvolvimiento involutivo.—2. Presupuestos de la figura, en su actual disciplina.—3. Cambio de deudor: Crítica del artículo 1.235 y de su derivación histórica.—4. Naturaleza de la conversión de la relación; novación objetiva; comparación con la modificación, el reconocimiento probatorio o preceptivo.—5. Accesión nominativa.—6. Accesión en la legitimación activa.

1) En el problema del origen histórico de la institución la conjetura de MEYLAN (1) es todavía, a nuestro parecer, bastante probable. Según tal opinión la novación arcaica aparece unida a la *sponsio*, concebida esta última, siguiendo las huellas de MITTEIS (2), como una asunción de garantía. En la

(1) «La réforme justinienneé de la novation», en *Acta congres. interna.*, noviembre 1934, I, 279 y ss. y 317 y ss.

(2) «Ueber die Herkunft der Stipulation. Eine Hypothese», en *Fest. Bekker*, p. 107 y ss.; MEYLAN, «Acceptilation et paiement», cuya recensión aparece en «Recueil de travaux publié par la faculté de Droit de Lausanne» (Lausanne, Rouge, 1934). Sobre el mismo argumento véase también las opiniones y las críticas posteriores de HAGERSTRÖM, «Der röm. Obligationsbegriff», 421 y siguientes; «Ueber die Verbal-Obligation», Upsala, 1945, p. 107 y ss., y de DE MARTINO, «Studi sulle garanzie personali», II, «Intorno alla storia della sponsio», Napoli, 1938, n. 9, pp. 38-42. No son concluyentes las objecciones meramente conceptuales, que DE MARTINO opone a la reconstrucción de MEYLAN, y que concluyen con una pregunta de evidente ingenuidad (p. 42). ¿Cómo «la sustitución de un sponsor podía operar la liberación del primitivo sponsor sin un acto extintivo solemne»? Pero la liberación era automática dado que el nuevo vínculo suplantaba al antecedente, absorviendo su objeto (que debía ser idén-

forma más antigua, la primera figura de novación se produce cuando un garante (sponsor) interviene en una preexistente relación de obligación, sustituyendo al primitivo obligado, cuya liberación provoca automáticamente, dada la imposibilidad de una coexistencia de varios obligados por la misma deuda (3). Habría originariamente dos obligaciones, una con posterioridad a otra e *inter novas personas,* con el efecto de que el nuevo *sponsor subentra* en la posición de un precedente obligado, y la misma prestación prometida por el precedente viene *trasfusa atque traslata* en la nueva obligación (4). De esta primera figura arcaica de novación se pasaría más tarde a otra, en la cual se tiene novación cuando siempre, a través de dos órdenes sucesivas, con el ingreso del nuevo *sponsor* en una *precedente obligacion,* se efectúa la adición o la eliminación de una condición o de un término a la precedente obligación (5). Esta novación se produce *inter eadem personae,* y el efecto novativo depende del hecho de que la segunda *sponsio,* con idéntico objeto que la precedente, absorve y hace pasar en las nuevas obligaciones el mismo objeto, permaneciendo también idéntico el deber-tener del acreedor, y variando únicamente algunos elementos del vínculo obligatorio. Pero dejando aparte cualquier hipótesis sobre el origen histórico de la institución (6), conviene re-

---

tico). La distinción con que opera DE MARTINO (p. 41), «elementos accidentales» y «elementos esenciales del vínculo», no es más que una empírica distinción, carente de valor. En realidad, el «aliquid novi» responde a la exigencia de un interés que dé razón de la nueva configuración, es decir, del nuevo negocio; el cual, sin un elemento de novedad (Vid. nuestra «Teor .gen. negoz. giur.», 20, 172 y s.), no tendría razón de ser y dejaría las cosas como están. Se trata de una conversión del vínculo.

(3) Cfr. BONIFACIO, «La novazione nel diritto romano», 1950, p. 3.

(4) MEYLAN, «La réforme», cit., p. 320. Véase lo que dice GAYO (III, 176) sobre la novación entre nuevas personas: «... nova nascitur obligatio e prima tollitur traslata in posteriorem».

(5) MEYLAN, ídem, p. 322.

(6) Para BONIFACIO, «La novazione», cit., pp. 16-23, el pasaje de GAYO (III, 176: «nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo in interdum, licet posterior obligatio

cordar y tener muy presente la definición que dan las fuentes (Ul. p. 1.46 *ad Sabinum*): *novatio est prioris debiti in aliam obligationem... transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione.* La definición muestra como, en la época clásica, requisito esencial de la novación era el *idem debitum,* es decir, la identidad entre el objeto de la nueva obligación (prestación debida) y el objeto de la precedente; lo que no era incompatible con *el aluquid novi* del vínculo (condición o término o *obligatio verbis*), que también se requiere, no siendo concebible sin un elemento de novedad aquella combinación de intereses en que consiste el negocio jurídico (7), y que refleja en concreto el interés de las partes en la operación (7 a). Con la reforma justiniánea de la institución se hace requisito esencial de la novación el *animus novandi,* o sea, la unívoca intención de las partes de dar vida a una nueva obligación extinguiendo la precedente: requisito que suplanta al *idem debitum.* Esta construcción subjetiva no podía tener sentido en el antiguo Derecho, cuyo formalismo reconoció «siempre" efectos novativos a la segunda estipulación, sin indagar la actitud psicológica de las partes. Una vez que esta se convier-

---

inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur, veluti si quo mihi debes, a Titio post mortem ejus vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero») muestra que estos últimos ejemplos de estipulaciones inútiles con efecto novatorio serían el residuo de un principio general de la época republicana, según el cual, para que hubiese novación, no se precisaría la validez de la segunda obligación y el efectivo surgir de la nueva. Pero el resultado puramente aberrante a que lleva la admisión de las estipulaciones inútiles (como la concluida por el pupilo *sine tutoris auctoritate*) citadas por GAYO, no constituye ciertamente el índice más digno de atención para deducir la función a la que originariamente respondía la institución («Studi Arangio, IV, 110).

(7) Cfr. nuestra «Teoria gen. negoz. giur.», § 20, p. 172 y s.

(7 *a*) En el Derecho justinianeo el requisito del «idem debitum desaparece y la novación se admite sobre bases más amplias: cfr. M. ANDREOLI, «La novazione tacita obbiettiva, 11.

ta en requisito esencial de la operación perdura hasta el Derecho actual. Pero sobre ello volveremos más tarde (8).

Aclarados los requisitos esenciales de la novación en el Derecho romano, se pone de manifiesto que la modificación que estudiamos debe identificarse con el fenómeno de una conversión de la relación por absorción. La relación de obligación existente se convierte en otra relación por medio del nuevo negocio (segunda *sponsio*), la cual opera la extinción del vínculo precedente y la absorción de su objeto (el *idem debitum*) en la nueva relación (9).

Tal absorción presenta cierta analogía formal con lo que se verifica en la llamada consunción procesal (Gai. III, 180-181), en la cual la *litis contestatio* supone, simultáneamente con el nacimiento de la relación procesal *(iudicium)*, la extinción de la obligación decidida en juicio. De ahora en adelante, en efecto, el demandado está obligado en virtud de la *litis contestatio*, en el sentido de que su *dare oportere* viene asumido, absorbido y transformado en un *condemnari oportere* (10). Tal analogía, por lo demás, es sólo formal, y no debe hacer perder de vista la diferencia entre ambas figuras; diferencia claramente advertida por los romanos, y que se sustancia en el carácter de perfecta homogeneidad de los dos vínculos de la novación, el de identidad de su objeto y, sobre todo, en el diferente problema práctico que viene a resolver. Tal problema al que es necesario aludir para entender rectamente esta

(8) Sobre el problema romanístico del «animus novandi», sobre el que no vamos a extendernos, cfr. M. ANDREOLI, «La novazione», cit., p. 11 y ss.; MARTORANA, «La novazione nel diritto civ. it.», Palermo, 1924, p. 92 y ss.; COSTA, «Animus novandi», en *Studi per Schupfer*, I, 50 y ss.: SCIAJOLA, en *Studi Perozzi;* BATTISTA, «La novazione», en *Nuovo Digesto it.*, pp. 1128-1130; BONIFACIO, «Novazione», cit.

(9) V. nuestra «Teoria gen. neg. giur», pp. 33, 250.

(10) V. nuestra «Teoria gen. Obligaz», II, p. 17 y ss.; nuestro estudio «Per una costruzione giuridica della cosi detta consunzione processuale», 1919, pp. 6-17, ignorado por SOLAZZI, en *Archives de Droit privé*, 16, 1953, pp. 128-137, en una crítica determinada por el perjuicio derivado de la Kyriolexia carente de base, que relaciona con el «condemnari oportere» gayano.

modificación de la obligación incluso en el mismo Derecho romano, es el de asegurar o transferir el "deber haber" *(Bekommensollen)* del acreedor, entendido como la expectativa *(Schuld)* positiva o negativa de un evento, la cual refleja el interés, incluso no patrimonial que promueve y justifica (artículo 1.174) la constitución de cada relación de obligación. Este "deber haber" constituye la razón del vínculo de responsabilidad que recae sobre el deudor, o como expresa BRINZ, el por qué *(Wofür)* de tal responsabilidad, que realizará de pleno sus efectos cuando tal expectativa resulte defraudada (11).

2) A propósito de las dos funciones paralelas que hemos indicado —la una, de asegurar, y la otra, de transferir el deber haber del acreedor— la segunda, la de transferir, ha desaparecido completamente en el derecho actual de la institución al irse afirmando una serie de figuras, que resuelven con instrumentos más ágiles y más prácticos el problema de la circulación del crédito: cesión del crédito o del contrato (§ III), subrogación (§ IV), asignación y giro (§ V), sucesión particular en la relación de obligación (§ II). Una vez desaparecido el obstáculo que se interponía en Derecho romano a tal sucesión, las partes son libres de operar una sucesión en el crédito o un subingreso en la posición de acreedor, sin necesidad de recurrir a una conversión de la relación de obligación preexistente, que presentaría más inconvenientes que ventajas. Por el cambio de ambiente que ha acompañado a la velocidad que supone al tráfico, deriva fatalmente una evolución histórica del instituto, del que desaparecía en la práctica la aplicación romana de la novación con cambio de acreedor: aspecto, éste, que, desaparecido de la vida social, es, también ignorado por el código (v. art. 1.235). Pero también bajo el

(11) Para dicho concepto véase esta «Teoria gen. delle obblig.», II, pp. 35-40. Recuérdese que, si la responsabilidad realiza plenamente sus efectos como consecuencia de haberse verificado o no el evento temido o esperado, dicha responsabilidad esté preconstituida a dicho evento, antes del cual se encuentra en estado potencial.

primer aspecto —en la función, de asegurar el deber haber del acreedor— la institución, en cuanto tiende a un cambio de sujeto (la llamada novación subjetiva) ha sufrido, en el curso del desarrollo histórico, una evidente evolución, por el hecho de haber desaparecido el estrecho nexo que se encontraba antiguamente entre ella, de un lado, y las figuras de la delegación (§ VI) y de la expromisión (§ VII), del otro. Conviene darse cuenta claramente de esta evolución por cuanto la ley parece haber tomado posición y adquirido conciencia de ello, también aquí bajo la influencia de falsas reminiscencias romanísticas.

3) El defecto de la ley en un punto de tanta importancia se manifiesta por la ordenación sistemática y la rúbrica del artículo 1.235; un artículo que —por encima de la crítica y de la petición de reforma elevada por NICOLA COVIELLO (12) desde 1896— se deriva con evidente paralelismo del artículo 1.267, número 2 del Código de 1865, modelado a su vez sobre el artículo 1.261, número 2 del Código de Napoleón. El artículo 1.235 prevé la hipótesis de cambio de deudor [27], que califica como sustitución liberatoria, mientras, y viceversa, la resuelve mediante el reenvío a la disciplina de la delegación-expromisión-asunción, contenida en el capítulo VI del título I (del 4.º libro). La discrepancia entre la indicada disciplina, de un lado, y la errónea titulación "novación subjetiva" (que corresponde, por lo demás, a su errónea colocación) pone de manifiesto los vicios y lagunas de coordinación que dependen de una poco ponderada redacción de esta parte del Código (13). Porque en el capítulo IV, al que se reenvía, mientras falta una

(12) Sobre la sucesión en el débito a título particular en *Arch. giur.*, 57 pp. 194-200.

(13) El reenvío tiene, por otra parte, carácter neutral: cfr. BARASSI, «Teor. gen. obblig.», I, pp. 321-23, que trata de superar la dificultad hablando de «disposición agnóstica»; BIGIAVI, en *Dir. e prat. comm.*, 1942, 80-82, 117.

[27] Análogamente en el artículo 1.203, n. 2, C. c.

disciplina propia de la delegación activa (14), se dicta una disciplina de la delegación pasiva (1.268), dirigida precisamente a excluir el efecto liberatorio que era propio de la delegación en derecho romano, en cuanto destinada a operar el subingreso de un obligado en lugar de otro a través de una conversión de la relación obligacional.

Excluyendo el efecto liberatorio de la delegación, la disciplina dictada en el artículo 1.278 saca las consecuencias de una evolución producida en el Derecho común, en el sentido de desmontar poco a poco la máxima romana *in delegatione (et in expromissione) semper inest novatio*. CUJACIO y DONELLO suponen todavía en vigor este aforismo. Define CUJACIO (15): "*Delegatio est mandatum in stipulationem novandae et trasferendae prioris obligationis, quod fit, e. gr., creditore juvente debitorem suum id quod sibi debbet alii creditori stipulanti, vel alii cui creditor illud nomen donatum vult, promittere*"; y precisa: "*perficitur autem delegatio secuta stipulatione, hoc est delegato novandi causa promittente ei cui delegatus est*". Y DONELLO (16): "*Cum alius quam debitor promittit idem creditori, aut eamdem obligationem suscipit, hoc dicimus sic eum novarem priorem obligationem, ut nihil intersit quo dante et impellente it faciat*"; y precisa: "*est autem haec datio id factum quod usu juris dicitur delegatio, si cuidem delegare est vice sua alium reum dare, qui translata a nobis obligatione se in locum et vicem nostram substituat: id autem non fit aliter quam novatione*". Ciertamente, al hablar así, presuponen una restricción, que CUJACIO (17) expresa con la siguiente reserva: "*sed nullo modo fit novatio, secundum quod cons-*

(14) Esta es la situación típica descrita por GAYO, II, 38, para caracterizar la novación subjetiva con cambio de acreedor: allí donde el interés que mueve la iniciativa en la operación (el iubere), se dirige a operar, por cualquier título, el resultado práctico de una «cesión» de crédito.

(15) Opera (ed. Neap. 1758), IX, c. 1282 s.

(16) «Commentaria juris civilis», XVI, cap. 20, n. 21 (Opera, Lucae, 1764, IV, c. 923 s.).

(17) Opera, IX, c. 1283. Cfr. *Annuario dir. compar.*, VI, I, 1931, p. 581 y s.

tituit Justinianus, etsi tacite inter contrahentes actum sit ut fieret, nisi nominatim sit expresum novationis causa rem agi". En verdad la reforma justinianea había introducido una inevitable antinomia entre el efecto liberatorio automático que en la antigua *novatio* se hacía depender del hecho objetivo de la identidad del *debitum,* y el requisito de un *animus novandi* que debía hacerse presente con una explícita declaración. La antinomia no podía hacerse evidente en la historia de los dogmas en cierta perplejidad, que por lo demás muestra cómo los juristas no se dan cuenta sino tarde y vagamente de la necesidad de desmontar el aforismo *in delegatione inest novatio,* al que seguirán rindiendo homenaje. Sintomática es la perplejidad que demuestra todavía DOMÂT (18). Distingue como sigue, dos tipos de delegación: "*La délégation peut se faire en deux manières. Car on peut déléguer de sorte que l'obligation de celui qui a délégué un autre débiteur en sa place, soit anéantie et ne subsiste plus, comme si c'était une obligation qu'on ait déchirée, le nouveau débiteur s'obligeant par une autre obligation soit de la même nature, soit d'une autre diférente. Et on peut aussi déléguer de sorte que, la premiére obligation subsistant, le premier débiteur en soit déchargé* (19) *et qu' il n'y en ait pas d'autre débiteur que celui y qui est délégué.* Con el primer tipo de delegación queda absorbido y disuelto el precedente vínculo obligatorio, para ser convertido en otro vínculo con sujeto distinto. Con el segundo tipo de delegación, por el contrario, el primitivo vínculo continúa subsistiendo objetivamente, y sólo quien estaba obligado por él resulta descargado de su deuda en el sentido de que pasa a una segunda línea, y obligado principal, contra el que debe dirigirse el acreedor, es el delegado que llega ingresando en la relación de obligación (cfr. art. 1.268). También el mismo DOMÂT (20), considerando los dos tipos de delegación, aclara:

(18) Les loix civiles dans leur ordre natural», lib. IV, tit. 4.

(19) Liberado como deudor principal.

(20) «Les loix civiles dans leur ordre naturel», lib. IV, tit. 3.

"*Dans l'una et l'autre de ces deux maniéres il est toujours vrai que l'obligation du premier débiteur est anéantie, puisque il ne reste plus obligé, et que la délégation faisant un nouveau débiteur fait aussi par cette raison une nouvelle obligation*". Pero, si fuese así, si fuese verdad que *toute délégation renferme une novation*, está claro que ni siquiera en el segundo tipo de delegación se tendría una persistencia del vínculo; y vendría a faltar toda diferencia entre uno y otro tipo. Igualmente está claro que, al encontrar en todo cambio de deudor una especie de novación presunta, en contraste con el requisito de un explícito *animus novandi* (21), DOMÂT sucumbe a una falsa reminiscencia romanística, desconocedor de la estratificación sufrida por la institución en su evolución histórica. También es fruto de la misma falsa reminiscencia —puesta de manifiesto por la derivación histórica, por la colocación y por la rúbrica— el infeliz artículo 1.235. La misma colocación del instituto en el capítulo IV entre los modos de extinción de las obligaciones, es fruto de un equívoco translaticio histórico y sistemático, nacido del hecho de haber entendido incorrectamente una aproximación expresada en las fuentes con un fin enteramente distinto *(solvit et qui reum delegat)* (22): que ha servido de base sin razón para conjeturar que en la delegación novativa "el delegado se obliga *novationis causa* en relación no sólo al propio débito, sino también al del delegante" (23).

4) Es enteramente evidente también en la actual institución que la *solutio* no puede "constituir la causa de la nova-

---

(21) Cfr. COVIELLO, «Success. nei debiti», en *Arch. giur*, 57, pp. 198-199. Por el contrario, admite DONELLO, «Comment», XVI, 20, n. 25 («Opera», IV, c. 929): «si non aperte id actum, quia sublata non est, manserit necesse est, et nova recte contracta, quae ad veterem accesserit». Lo que contradice, sin embargo, a la regla de la inherencia.

(22) D. 46, 2, 31 pr. 1; D. 39, 5, 19, 4; D. 16, 1, 8, 3; D. 38, 1, 37, 4; D. 46, 1, 18.

(23) Así BARASSI, «Teor. gen. obblig.», I, p. 274 ss.

ción" [28] (24). El problema práctico que hoy resuelve la institución es enteramente distinto, y ello se deriva del interés que mueve normalmente la iniciativa en la operación, cuyo instrumento técnico es siempre el de una conversión de la relación obligatoria. La novación con cambio de sujeto está movida por el interés en la cooperación de un tercero, ya para la liberación de una deuda, gracias a la asunción por otro, ya sea para aprovechar un crédito (como en la delegación): liberación o aprovechamiento, que pueden estar, a su vez, dirigidas a actuar (como en la cesión) los más diversos acoplamientos de intereses: cumplimiento, mutuo, donación, transacción, etc. La operación calificada como novación objetiva (1.230) está promovida actualmente por un interés en el cambio de elementos de la relación, como el objeto y título: cambio que puede, a su vez, servir para actuar combinaciones de intereses muy diferentes. Piénsese en la circulación de una letra de cambio o de otro título de crédito. Las funciones que el negocio cambiario despliega cada vez frente a la relación causal subyacente a la circulación del título, pueden ser de distinta naturaleza: satisfacción en orden a una relación preexistente de obligación (pago, *datio in solutum,* transacción, compensación), garantía en sentido amplio, documentación dispositiva o simplemente probatoria (25). Puede suceder que la circulación configure una novación. Pues bien, a diferencia del pago y de otros actos con función meramente extintiva (como la renuncia), la novación objetiva presenta esta modificación: que el contenido normativo de una relación obliga-

(24) Cfr. BARASSI, *op. cit.*, I, 275, que lo rechaza con razón.

(25) Sobre este punto, véase nuestra nota sobre la «Inefficacia del negocio cambiario e reazione del rapporto causale», en *Riv. dir. comm.*, 1927, II, pp. 355-377; y también otra sobre «Mancanza di causa della girata cambiaria e prova testimoniale contro il tenore del titolo», en *Riv. dir. comm.*, 1928, II, pp. 153-174.

[28] Es una apreciación que puede aplicarse a la sistemática del Código civil español, que hace de la subrogación un supuesto de novación en el artículo 1.203, n. 3, e incluye la regulación de la subrogación por pago entre los preceptos de la Sección VI, Capítulo IV, Título I, Libro IV C. c., que regula la novación.

cional preexistente viene asumido por ella como contenido de una relación jurídica nueva. Se está ante una especie de recepción de aquel contenido de la relación originaria en el negocio novativo (26). Se verá en breve la diferencia de la renovación del negocio. Por ahora basta hacer notar que, si con la circulación del título puede operarse una novación, ésta sin embargo no se opera necesariamente. La misma posibilidad existe también en la transacción (art. 1.976), en la cuenta corriente (art. 1.823) y en otros contratos. En todo caso, sin embargo, para que se produzca novación no basta la identidad del contenido, sino que se precisa (1.230) una común intención de las partes, unívocamente identificable mediante una interpretación psicológica para llevarnos a la aplicación de los artículos 1.362-1.364 (27). El requisito de la univocidad excluye que, en el caso de formulación ambigua, oscura o con lagunas del precepto contractual, se consienta al juez apreciar la existencia de un negocio con intención novativa por vía de interpretación técnica que se opere con criterios objetivos (28).

Existen también ciertos actos y negocios de segundo grado (29) que, valorados por la ley según una interpretación típica fundada en la común experiencia, excluyen *per* se el que se produzca una novación sin más requisitos. La excluye, porque dirigida a integrar y no a absorber, toda modificación accesoria de la obligación (30), como la que se tiene al poner o al quitar un término (1.231). Así igualmente la excluye la circulación de un documento de la preexistente relación obligatoria o su renovación, porque están dirigidos sólo a asegu-

---

(26) Expresábamos esta opinión en la primera de dichas dos notas citadas en la página 361.

(27) V. n. «Teoria gen. neg. giur.», § 45, pp. 356-360.

(28) Idem, § 43, pp. 340-50; § 45, pp. 360-66. Es legítimo indicar por incompatibilidad con una actitud concluyente: Cass. 10 de julio de 1952, n. 2123, en *Rep. Foro it.*, 1952, col. 1681, n.º 518-521.

(29) Sobre tales actos puede verse nuestra «Teor. gen. neg. giur.», 249, 298, 493, 598.

(30) Idem, § 31, sub. a), p. 250.

rar la prueba (1.231). Tampoco difiere conceptualmente la renovación que tiene por objeto, no la relación, sino el negocio, cuyo contenido preceptivo tiende a absorber y a sustituir para el futuro: aquí, ciertamente, el interés en la operación nace o de una invalidez del precedente negocio, no eliminable con simple confirmación, o de su ineficacia irreparable de otra forma, como también de la necesidad de ampliar o modificar una configuración de intereses anteriormente organizada (31). Difieren, por fin, de la novación por el diferente problema práctico que resuelven, tanto el reconocimiento de la relación jurídica —dirigida, como está a excluir cualquier futura contestación mediante una concorde apreciación del *quid juris* (por ejemplo: 1.988) (32)— como de la declaración convencional, dirigida a definir y a fijar la situación existente entre las partes, de modo que se les prohiba inmiscuirse en el negocio y practicar la consiguiente relación en forma diferente de aquella que se ha declarado (transacción: 1.965). Ni una ni otra de estas modificaciones de la relación está destinada a operar la conversión en otra, incluso cuando a veces puedan tener por consecuencia un efecto novativo (art. 1.976) (33). En general debe usarse mucha cautela al admitir la afinidad o paralelismo que, con posterioridad pensándolo mejor, se descubren como ilusorios (34).

5) Diferencias de tratamiento sobre la oponibilidad de excepciones y la conservación de las accesorias de garantía, ponen claramente de relieve el fenómeno de conversión por el que en la novación se rompe la línea de continuidad [29] (§ I, sub. III), que caracteriza las diferentes figuras de ce-

(31) Idem, § 31, sub. d), p. 254.

(32) Idem, § 31 bis, pp. 259-62.

(33) Idem, p. 263 y ss.

(34) Véase la comparación que hace BARASSI, «Teor. gen. obbl.», I, 301.

[29] Sobre las repercusiones de la novación sobre las garantías —accesorios del crédito—, véase el artículo 1.207 C. c.

sión (§ III), lo mismo que otras figuras de sucesión en el débito (§§ II y VIII). Las accesorias de garantía se extinguen, salvo que vengan reservadas (art. 1.232) por quien está legitimado (1.233, cfr. 1.275). Las excepciones oponibles por el deudor en la antigua obligación resultan a él imponibles por razón de su autorresponsabilidad (art. 1.234, cfr. 1.271). La solución contraria, tanto para las accesorias del crédito (art. 1.263) como para las excepciones inherentes a la obligación (1.264), se aplica en la cesión en virtud de la continuidad de la relación y del carácter derivativo de la adquisición; tampoco puede decirse en contrario que la aceptación por parte del deudor cedido suponga (35) —por una necesaria ilación aplicable gracias a una interpretación típica— un reconocimiento de deuda o promesa de pago (cfr. 1.988), con la consiguiente preclusión, ya que aquélla no significa otra cosa que una adhesión a la modificación sucesoria. Se pone de manifiesto también una diferencia esencial que contrapone abiertamente la asunción novatoria con la figura de la asunción privativa (para la que algunos querrían reservar esta calificación), la asunción dirigida a una sucesión en la deuda y se aproxima, en función de la abstracción, a la asunción cumulativa, expromisaria (1.272, p. 2) o a una delegación (1.270-1.271) (36).

Ciertamente, sin embargo, dado que la función típica de la asunción novatoria presupone conceptualmente una relación preexistente de obligación, el negocio viene a carecer de razón de ser si se manifiesta inexistente la obligación concordemente presupuesta, por error común, por ambas partes (37). La caducidad, que en tal caso afecta al negocio de asunción novatoria, se opone a aquel fenómeno de reviviscencia de la obligación por la que el antiguo deudor en la asunción venía siendo liberado, cuando el negocio de asunción privativa (que el artículo 1.276, siguiendo la terminología francesa, llama *obbliga-*

(35) Así BARASSI, *op. cit.*, I, p. 301.

(36) Cfr. COVIELLO, en *Arch. giur.*, 57, pp. 356-58.

(37) V. «Teor. gen. neg. giur.», § 55, sub c); p. 450 y ss.

zione) se descubra afectado de nulidad, o resulte anulado. En este caso viene a faltar la razón para liberar al antiguo deudor (38).

6) Desaparecida en la práctica moderna la figura de la novación por cambio de acreedor que nos describe GAYO (II, 38) (supra, nr. 2) por el nacimiento de medios más ágiles con los que se provee a la translación o a la delación del crédito, queda por indicar cómo se provee en la actualidad a una accesión y la legitimación para exigirla. En presencia de los indicados medios, puede decirse que se ha convertido en una hipótesis académica, que la ley no disciplina, la figura de una delegación activa, que deba caracterizarse (39) como una invitación (el *iubere,* de que habla GAYO) que el acreedor originario dirige a su deudor, autorizándolo para obligarse frente a un tercero, que así resulta facultado y legitimado para hacerse prometer la misma prestación, dado que el crédito no se encuentra ya a disposición del delegante —como sucede en la asignación (§ V)— la invitación tiene necesidad, también en este caso, de ir acompañada de una asunción, novatoria del presistente débito y por consiguiente privativa (40), con el que el deudor se obliga frente al tercero a favor del cual el delegante desee, por cualquier título, aprovechar su crédito (este es el interés que pone en marchar, es este caso, la iniciativa

(38) Viene a faltar un presupuesto objetivo del negocio liberatorio, que tiene la naturaleza de causa remota; cfr. «Teoria gen. neg. giur.», § 20, p. 179.

(39) Construcción que hemos propuesto en nuestro estudio «Sulla Natura giuridica della girata dei titoli all'ordine», en *Riv. dir. comm.*, 1927, espec., pp. 609-10.

(40) De otra opinión es MESSINEO, «Manuale dir. civ.», 110, n. 10, que califica de «cumulativa», más bien que de privativa esta asunción, y encuentra en ella una accesión del lado activo, simétrica a la accesión del lado pasivo (simétrica también en la posición subsidiaria, a la que retrocedería el delegante), que es característica de la delegación pasiva según el artículo 1.268. Pero esta forzada simetría parece más bien fruto de una abstracción conceptualista, que desconoce la diferencia esencial de la dirección y del interés en la operación, e ignora el interés de quien asume, de quien se pretendería la asunción de un segundo débito yuxtapuesto a aquel que la grava.

del delegante). Como operación aislada, ésta no es, hoy, más que una hipótesis académica; pero puede tener lugar en el cuadro de una delegación pasiva (§ VI) e insertarse en el complejo mecanismo de ésta, cuando en el delegante (A) concurran las dos posiciones de acreedor del delegado (B) y de deudor del delegatario (C): en cuyo caso con la delegación pasiva concurre (como se puso de relieve en el § VI, n.º 2) una delegación activa. Por el contrario, una accesión en la legitimación para exigir se opera con la indicación activa de pago: institución, que el Código no disciplina en el artículo 1.269, pero que tampoco ignora (art. 1.188). Puede caracterizarse como indicación de un tercero, al deudor, como *(adiectus solutionis causa,* medio de pago liberatorio para él (de ahí el interés que en este caso promueve la iniciativa del indicante). Lo que implica —frente al deudor indicatario autorización en orden a las consecuencias onerosas que derivan del pago para el indicante por la extinción de su crédito; implica además —frente al tercero indicado *(adiectus)*— una vocación para exigir el débito de que se trata, y por tanto legitimación para recibir en el sentido del artículo 1.188 (del que ya hemos puesto de relieve su inexacta titulación), sin que, por otra parte, ello suponga conferimiento de un propio *ius exigendi:* aquel *ius exigendi* que caracteriza, por el contrario a la asignación (§§ V y III, sub 4) (41).

(41) Cfr. «Riv. dir. comm.», 1927, n. 3 («indicazione accollativa»).

§ X

RESOLUCION Y DESISTIMIENTO

1. Modificaciones resolutorias de las obligaciones. Medios de disolución de la relación de la obligación: función y estructura.—2. Disolución consensual y resolución, como medio de defensa contra el incumplimiento. Resolución potestativa y resolución automática de la relación contractual bilateral.—3. Resolución unilateral de la relación contractual; variedad de funciones. En particular, el poder de separarse como defensa causal, cuyo ejercicio está subordinado al concurso de una «justa causa»; su controlabilidad.

1) Se comprende claramente que al ser, las de obligación, relaciones esencialmente temporales de cooperación entre consociados se provea por la ley, junto a los supuestos de satisfacción del interés del acreedor (como el pago, las sustituciones del pago y la compensación), otras hipótesis de extinción por modificaciones que afectan a los sujetos (confusión) o al objeto (imposibilidad sobrevenida), como algunas modificaciones resolutorias, las cuales o vienen referidas a la autonomía de las partes (como la remisión de la deuda, la revocación o la disolución consensual), o vienen referidas como medios de defensa frente al incumplimiento o al riesgo de una deficiente cooperación, como la resolución potestativa o automática, en el poder de apartamiento y (en la resoluciones de estructura asociativa) el poder de exclusión.

Mayor interés dogmático para una teoría general, como la presente, ofrecen los medios de disolución de la relación obligatoria que la ley hace depender del hecho del incumpli-

miento o del riesgo de hacerse imposible la esperada cooperación: resolución, separación, exclusión. Estas figuras resolutorias por razón de los sujetos de la relación tienen en común el carácter de anormales o patológicas, que les diferencia de cuantas hemos venido estudiando. Ciertamente, en una consideración teleológica de la función, tales medios de disolución deberían ser analizados al tratar de la "defensa de la obligación" (1). Pero en una consideración sistemática alcanza especial importancia el aspecto de la estructura, es decir del medio técnico: aspecto que, sin embargo no debe hacernos perder de vista el interés en la operación y el problema práctico que ésta resuelve en la situación típica de los intereses, que es materia de la disciplina jurídica. Esta cautela nos evitara el poner sobre un mismo plano la relación resoluble y el negocio anulable o rescindible: ciertamente, la construcción de la "modificación eliminable" en que alguno (2) intenta reagruparlos, es un característico producto del abstractismo conceptualista, que no ha acertado con una genuina visión de la situación típica de los intereses considerados por el Derecho (3). La misma cautela nos evitará el reagrupar bajo un mismo concepto instituciones heterogéneas, como las modificaciones de la obligación que pueden determinarse en la relacion por las mismas partes y los medios de defensa jurisdiccional (4).

2) Siempre es posible a las partes contratantes disolver por mutuo consentimiento el contrato (art. 1.372, 1.399, p. 3). a fin de que la combinación de intereses prevista no tenga actuación (*re adhuc* integra; por ejemplo 1.270) o no se haga irrevocable por otra razón como por ejemplo, la adhesión

---

(1) Desde este punto de vista trata la resolución BARASSI en el vol. III de su «Teoria gen. obblig.» en los §§ 23, 24, 25.

(2) FEDELE, «Invalidita del negozio giuridico», nn. 118-129, p. 273 y ss.

(3) Para una crítica de la indicada construcción cfr. n. «Teoria gen. negoz. giur.», 57, p. 477.

(4) Esta crítica apunta contra MESSINEO, «Manuale», II, por el contenido del § 137. (Así como también en la «Doctrina de contrato»).

del tercero al que era destinado (art. 1.411, p. 3; 1.273, p. 1). Después de una ejecución parcial o *ex uno latere,* sólo sería posible una remisión de la deuda (1.236-1.237), o de parte de la deuda, que aún quedase por cumplir. La disolución consensual subyace al doble criterio que gobierna la revocación: requiere, en cuanto a la legitimación, identidad de sujetos; en cuanto a los requiistos de forma y de validez, correspondencia del *contrarius actus,* para el que la disolución del vínculo anteriormente establecido debe hacerse con observancia de los mismos requisitos con que se concluyó originariamente el negocio (5).

Nos interesa, sobre todo, la resolución como medio de defensa destinado a tutelar la condición de respectiva paridad entre las partes, no en el acto de la conclusión del contrato, sino en el desenvolvimiento del complejo de intereses ordenado [30], cuando no responda a su destino práctico por falta de cooperación de la otra parte. En coherencia con esta función práctica, el medio de defensa se dirige no contra el negocio, sino contra la relación contractual a que dio vida (6); pero no en el sentido positivo de devolver la eficiencia al complejo de intereses venido a menos por falta de cooperación (esta es sólo una alternativa encomendada a la opción del interesado), sino en el sentido negativo de provocar su disolución y completo parálisis para las dos partes. En el sentido negativo de un parálisis temporal opera también la excepción de no cumplimiento (6 a). El interés en tales modificaciones resolutoria y suspensiva surge para obviar, por razón de reciprocidad, en las obligaciones contractuales con presta-

(5) Véase n. «Teor. gen. negoz.», § 31, sub b, p. 251.

(6) Véase n. «Teoria gen. negoz.», § 60, sub c, p. 502 y ss.

(6 *a*) CASSIN, «De l'exception tiré de l'inexecution dans les rapports synallagmatiques», 1914, p. 421 y ss.; en Derecho italiano BARASSI, «Teor. gen. obblig.», III, § 26, nn. 340-343; SCADUTO, «Exc. n. ad. c.», *Annali Palermo,* 1921.

[30] Esta es la finalidad a la que responde el artículo 1.124 C. c. y 1.100, párrafo 3, Código civil.

ciones sinalagmáticas (art. 1.453, 1.460 (7), pero no sólo en ellas (para la resolución Cfr. art. 793, párrafo último); y encuentra límite y medida coherente en el interés por el cumplimiento, que debe ser valorado en atención a la compleja economía de la relación contractual (art. 1.455) (8). La derivación histórica de este medio de defensa se funda siempre en la autonomía de las partes: las cuales, en previsión de un eventual incumplimiento de una de ellas, insertaban en el contrato un pacto de resolución suspensivamente condicionado a tal eventualidad y susceptible de conferir a la otra parte el poder de resolver el vínculo (9). La práctica posterior convirtió el pacto de resolución en condición resolutoria del contrato, y más tarde pasó, de expresa, a sobreentendida. La ficción de una condición resolutoria tácita se encuentra todavía en el Código de Napoleón y en el italiano de 1865, en el artículo 1.165 [31]; en el Código actual fue justamente eliminada, como inútil reforzamiento de la exigencia de reciprocidad (10). Encomendándose en la ley a la apreciación de la parte interesada sobre el modo más conveniente, en concreto, de actuar tal reciprocidad, la resolución tiene el carácter de una modificación potestativa, y no automática. Carácter automático, pero siempre subordinado al interés de las partes, le asume únicamente cuando el fallido cumplimiento pueda ser declarado prontamente gracias a una preventiva desconfianza (1.454), o como condición resolutoria expresa en una cláusula incluida (1.456), o en virtud de un término esencial (1.457), o en la

(7) La noción de tales relaciones se precisó en la secc. III, § V.

(8) Véase nuestro trabajo «Su di una pretesa inversione dell onere della prova per fatto concludente», en *Giur it.*, 1950, I, pp. 262-264; y nuestra «Interpretazione della legge e degli atti giuridic.», cap. XII, § 52, p. 189.

(9) Sobre este punto véase «Dir. romano: parte gen.», 72, sub B; «Istit.», I, 72, sub B; BARASSI, «Teor. obblig.», III, n. 335, p. 404.

(10) BARASSI, «Teor. gen. obblig.», III, p. 393; ficción que obedece a la influencia del dogma de la voluntad: cfr. n. «Teor. gen negoz», 59, 148 y ss.

[31] En el Derecho español es decisivo el artículo 1.124, de gran valor general.

hipótesis de venta de cosas muebles prevista en el artículo 1.517 (11) [32].

Es objeto de debate si la resolución potestativa debe hacerse depender del hecho objetivo de la cooperación fallida de la otra parte (12) o presupone necesariamente un incumplimiento imputable cuya sanción constituye. La solución en el segundo sentido, que es la única correcta para nosotros, no se apoya sobre un argumento sólido cuando se quiere fundamentar en una exégesis del artículo 1.453 (13); donde la reserva del resarcimiento de daños "en todo caso" debe entenderse con la restricción "cuando concurran los requisitos necesarios". Mayor peso tiene el argumento sistemático que deriva de la sección II (1.463-1.466) dedicada a la "imposibilidad sobrevenida" y no menos el indicio terminológico que puede obtenerse del artículo 1.464, que, en la hipótesis de imposibilidad parcial sobrevenida, confiere a la parte que no tenga un interés apreciable en el cumplimiento parcial, un poder de desistir, pero no de resolver. Es también conforme a la tradición histórica el advertir en la resolución una defensa contra el incumplimiento de la otra parte, cuya imputabilidad debe valorarse según lo dispuesto por el artículo 1.218, observando la inversión de la carga de la prueba que se establece a favor del acreedor (14).

---

(11) V. BARASSI, «Teor. gen. obblig.», III, n. 338, p. 419 y ss.

(12) Solución sostenida por Mosco, «Rissoluzione del contr. per inadempimento», 1950, pp. 8-24. La construcción contraria de la sanción, sostenida por AULETTA, «Rissoluz. per inademp.», 1942, 147-173, no es incompatible en absoluto, como cree AULETTA (115-120) con la construcción que adoptamos del sinalagma funcional (sec. III, 1, § 5).

(13) BARASSI, «Teor. gen. obblig.», III, n. 335, p. 405.

(14) Es exacta la sentencia de Cass. 6-6-1949, n. 1410 en *Mass. Foro it.*, 1949, 291: frente al hecho del incumplimiento del acreedor no debe suministrar la prueba del dolo y de la culpa del deudor; corresponde a este último, para evitar los efectos del incumplimiento, probar que se ha debido a causa que no le es imputable. Cfr. sec. I, § VI, p. 130 y ss.

[32] Hipótesis que regula el artículo 1.505 C. c.

3) La resolución unilateral de la relación contractual puede explicarse por la autonomía privada, ya convencional (1.373), ya inherente a una relación con tiempo indeterminado, como medio normal de actuar la temporalidad de la relación poniéndole un término, pero siempre con efecto actual, nunca retroactivo (por ejemplo, arts. 1.833, 2.118, 2.143, 2.244, 2.285, párrafo 1.º) (15); y puede ser, además, un medio de defensa causal, cuya puesta en obra (16) está vinculada, según su destino, al riesgo probable de que desaparezca o disminuya la esperada cooperación [33]; está subordinada, pues al concurso justificante de una motivación prevista (1.612-1.613), o de una justa causa objetivamente controlable (art. 2.119, 2.237), p. 2; 2.244, p. 1; 2.259, p. 1; 2.285, p. 2) (17). La justa causa que se requiere como causa del acto unilateral (recepticio) por el que se declara la voluntad de rescindir (licencia o denuncia), para que sea idóneo a actuar su eficacia resolutoria de la relación contractual, es fundamento de un derecho potestativo de resolución, que está ligado a ciertos presupuestos y ordenado a ciertos fines de defensa del contratante: derecho, que se ejercita con aquel acto. Como tal, tiene aquí una relevancia positiva, que le diferencia netamente de aquella justa causa que con otros fines, de carácter negativo (exclusión de responsabilidad), se precisa para hacer legítimo

---

(15) A veces tiene una facultad de variar la ejecución comenzada quien tiene un interés preeminente el complejo de intereses satisfaciendo los daños y perjuicios y los gastos (1671, 1985, 2227, 1723).

(16) MOLITOR, «Die Kündigung» (2.ª ed., Mannh., 1951); SCHULDRECHT, I, 123 y ss.; «Problemi di disdetta», en *Nuova riv. dir. comm.*, VII, 1954, páginas 347-357.

(17) Sobre la rescisión en el cuadro sistemático de la autonomía privada. Cfr. n. «Teoria gen. neg. giur.», pp. 179-180 (a propósito de la causa), 257, 505 (a propósito de las modificaciones de la relación)

[33] En Derecho español se carece de una norma general del alcance del artículo 1.373 Código civil, pero entre las normas particulares entresacamos: en las relaciones de duración indeterminada: 1.705 C. c. 76 nn. 8 y 9 L .C. T.; defensa causal: 1.707 y 1.584 C. c. y 77 78 L. C. T.

y válido (1.723, 2.259, párrafo 1.º) un acto que sin ella sería injustamente lesivo de intereses ajenos: así, la revocación del mandato conferido incluso en interés del mandatario (1.723; a comparar con el desistimiento por el cliente en el contrato de obra: 2.257, párrafo 1.º), o la renuncia a la ejecución de un mandato asumido (art. 1.727). Relevancia positiva decimos, que no podría nunca corresponderle si se tratase de un simple motivo individual, pero que por el contrario postula un centro de valoración objetiva adecuada al tipo de relación de que se trata. Incurren, por consiguiente, en una deplorable confusión los que argumentan indicando que la justa causa requerida es un criterio elástico, que exige una apreciación diferenciada, variable según las contingencias del caso, para concluir que tiene carácter de "motivo individual" (18). En verdad, la apreciación del interesado y su interés en la resolución están sometidos, en este caso, a la crítica de la parte contraria y al control del juez, lo que excluye la legitimidad de un motivo cualquiera encomendado al arbitrio subjetivo de quien invoca la resolución, y postula una consideración típica según la índole de las relaciones, aunque diferenciable en relación con la variedad que presenten los supuestos de hecho. Hilo conductor en tal variedad debe ser el criterio de que el arma de la rescisión debe servir para defender al contratante contra el riesgo de una deficiente cooperación de la otra parte, cuando las circunstancias justifiquen el temor de que la cooperación debida pueda llegar a faltar (19) y con ello comprometan la necesaria confianza. A la luz de este criterio se comprenden, en su profundo significado, las normas que regulan la rescisión en las relaciones que tienden

(18) Así BARASSI, «Contratto di lavoro», II, 1936, n. 301, p. 378; nn. 5 y 323, p. 427 y ss.; D. CALLEGARI, «Il recesso unilaterale del contratto», 1939, 229 y s. Diferente y más acentuadamente positivo en el sentido de la «justa causa» que en las fuentes romanas se requiere en la usucapio y en la traditio: una combinación de intereses idóneo por sí para justificar la adquisición del dominio («Studi Arangio», IV, 99-103).

(19) Cfr. n. «Teor. gen. neg. giur.», pp. 180, 505; sobre las causas de despido, MOLITOR, en *Nuova riv dir. comm.*, VII, 1954, pp. 353-56.

a una colaboración personal, articuladas sobre la mutua confianza (20), como en las relaciones de trabajo, de mezzadria, de sociedad. Así, en las relaciones de trabajo, según el artículo 2.191, cada uno de los contrayentes puede rescindir el contrato antes de su vencimiento o, respectivamente, sin el normal preaviso, siempre que se verifique una causa que no consienta su "prosecución" siquiera provisional de la relación. Y a la prosecución de la relación con vista a la normal confianza del contratante, debe referirse también la justa causa que el artículo 2.285, párrafo 2.º, requiere para la legitimidad de la separación de una sociedad que haya sido contratada por tiempo indeterminado. Los hechos sobrevenidos que constiutyen una justa causa de separación anticipada sobre el vencimiento, conciernen por consiguiente a la posibilidad de una colaboración ulterior, que sea fecunda en aquellas ventajas sobre las cuales las partes conjuntamente habían fundado su consentimiento. Dichos hechos adquieren relevancia jurídica en la medida en que impiden una prosecución fructífera de la relación con ventajas recíprocas, y no implican *per se* a diferencia del incumplimiento que legitima la resolución— ningún juicio de reprobación moral o jurídica. Así, en la relación de mezzadria constituye justa causa de rescisión, por parte del mezzadro, la insuficiencia sobrevenida del fundo para el mantenimiento de la familia creciente de colonos y, viceversa, por parte del concedente, la deficiencia sobrevenida de las fuerzas de trabajco de los colonos, capaz de excluir o disminuir su idoneidad para el cultivo del fundo (Cfr. art. 2.158, p. 3.º).

Es de toda evidencia que posteriormente la justa causa debe valorarse en función del destino típico económico-social de la relación. Así, por ejemplo, hechos que pueden ser causa de rescisión en el contrato de arrendamiento, no son tales en el contrato de mezzadria, y viceversa, dada la profunda dife-

(20) Como ha sido puesto de relieve por BARASSI, «Teor. gen. obblig.», III, p. 190; interesante la crítica que hace a MESSINEO, ivi, p. 191.

rencia entre este contrato de estructura asociativa y el otro, que es esencialmente aleatorio: diferencia desconocida sin que exista ninguna razón en los recientes proyectos de reforma agraria, que unifican la disciplina de la justa causa de rescisión en uno y otro supuesto (21). Además, las tendencias de los partidos dominantes en su concurrencia a la demagogia electoral y en su inclinación a preconizar en tono de falsos profetas "el crepúsculo de la mezzadria" (22), llevan hoy a hacer triunfar reformas en contraste con las exigencias elementales de la economía y del Derecho, y como tales justamente reprobadas por auténticos juristas como V. VASSALLI (23), y a desatender la diagnosis del mal. El cual también en este campo (Cfr. sec., 1, § 2) está profundamente relacionado con una crisis del espíritu de colaboración; sobre todo, con las tendencias de disfrute, por un lado, de una clase de concedentes absentitas con mentalidad de ignorante de las exigencias de la agricultura y de la necesidad de que el colono permanezca sobre el fundo, y de otra parte, de mezzadros con la miope mentalidad del arrendatario, que no ve más allá de su inmediata utilidad. El remedio del mal sería entonces buscar, no ya en deformaciones que subviertan el organismo del contrato, y en flagrante contraste con el principio de la paridad de las partes, sino en la expropiación de unos y en la educación social de los otros. En todo caso, nos parecen de pésimo gusto ciertas visiones milenarias insconscientemente influenciadas por las previsiones ca-

(21) Cfr. CARRARA, «Contratti agrari», 3.ª ed., p. 756.

(22) Así BANDINI, «Il crepuscolo de la mezzadra», en *Riv. di politica agraria*, octubre 1954; artículo del que lo menos que se puede decir es que su autor carece de una visión adecuada de lo que GINI llama «patología económica».

(23) F. VASALLI, «Sul disegno di legge n. 175 del 1948, contenente disposizioni sui contratti di mezzadria», en *Riv. dir. agrario*, 1949 (fasc. 1, pp. 1-30): crítica penetrante y decisiva del proyecto de entonces; crítica que debieran de haber meditado quienes han presentado otros proyectos, para no caer en los mismos errores que justamente ha deplorado F. VASSALLI.

tastróficas de una conocida obra sobre el "capital", mitad investigación sociológica y mitad práctica política; las cuales, sin fundarse en una correcta observación fenomenológica, decretan el fin de instituciones que no están en modo alguno en contraste con las exigencias de la moderna economía agraria (como se intentaría hacer creer), sino con ciertas contingentes tendencias políticas.

§ XI

EXCLUSION. OTRAS MODIFICACIONES CONCERCIENTES AL OBJETO

1. Exclusión de la relación de sociedad.—2. Indicación sobre las modificaciones que afectan al vínculo o al objeto.

1) Otra modificación de la obligación parcialmente resolutoria, propia de los contratos plurilaterales (art. 1.420), es la exclusión. Disuelve no sólo el vínculo contractual, sino la participación de un miembro, y opera en sentido contrario a la recisión; en aquella quien toma la iniciativa de la rescisión, se sitúa fuera del vínculo; quien por el contrario toma la iniciativa en la exclusión atiende a poner fuera del vínculo a otro participante. Condición para hacer posible esta modificación, cuyo presupuesto es una relación contractual con más de dos partes, es que la participación del miembro a excluir no deba —para usar la fórmula de los artículos 1.420, 1.446 y 1.466— considerarse esencial, según las circunstancias para conseguir el fin común, al que están dirigidas las prestaciones de cada una de las partes (1) y que en la sociedad es el objeto social, en cuyo caso, al estar aquella participa-

(1) A propósito, cfr. «Teoria gen. negozzio giur.», p. 317 y s., p. 487. También en la sociedad de dos socios se admite la exclusión, en función de resolución contra incumplimientos graves, o en función de rescisión frente a hechos sobrevenidos, tales que excluyan la posibilidad de una prosecución de la relación social Sobre el problema, cfr. CANDIAN, «L'erede del socio e l'esclusione di un socio superstite», en *Giur it.*, 1950, parte IV; 33-48; MÜLLER-ERZBACH, «Das priv. Recht der Mitgliedschaft», 1948, 394-98.

ción ligada por un nexo indisoluble al concurso de todas las otras partes, no debería tener lugar exclusión de un miembro, sino disolución de la relación (en la sociedad, véase artículo 2.272, núm. 2) [34].

Como los hechos que legitiman la rescisión, incluso los que justifican la exclusión, no implican necesariamente un juicio de reprobación moral o jurídica, sino sólo un juicio de idoneidad en la ulterior colaboración social. Las razones de posible exclusión son, en parte, previstas por la ley (art. 2.286), pero pueden ser también predeterminadas convencionalmente en el contrato de sociedad. Entre las primeras el artículo 2.286, p. 1.º prevé el grave incumplimiento de las obligaciones que derivan de la ley o del contrato, confiriendo así a la exclusión la función a que normalmente viene destinada la resolución; pero junto a tales incumplimientos prevé como razón de exclusión cambios sobrevenidos en la condición personal y la inhabilitación y suspensión para cargos públicos; además prevé en los párrafos 2 y 3, el artículo 2.286 como razones de exclusión casos de imposibilidad individual sobrevenida para una eficiente colaboración (Cfr. también art. 2.610).

Particular interés dogmático ofrece la exclusión en estos últimos casos (2.286/2-3), como criterio para tratar un riesgo que no se pone a cargo de la generalidad de los socios (1 a), sino adosado a cada socio en particular, como evento interno dentro de su esfera de control o concerniente a un interés suyo prevalente. Así viene considerada la inidoneidad sobrevenida del socio para desarrollar el fin social, o la desaparición sobrevenida, no imputable a la gestión social de una cosa de la que el socio hubiese aportado únicamente el goce

---

(1 *a*) Cfr. en esta «Teoria», sec. I, 155; nuestro estudio sobre el «Periculum», en *Jus*, 1954, p. 381 y s. («Studi», De Francisci, I, p. 194 y s.).

[34] La exclusión es una modificación subjetiva en la estructura social no prevista por el C. c., pero prevenida en los artículos 218 y 219 C. de C., para las sociedades colectivas y comanditarias y en el artículo 31 LSRL de 17 de julio de 1953.

(2.286, p. 2); o la desaparición que afecte a la cosa que ha de ser aportada antes de que la sociedad la haya recibido, mediante la *collatio* (2). Estaría por el contrario a cargo común el riesgo que encontrase el socio en una actividad que deba desenvolverse en interés común como factor de la gestión social, o que afecte a la cosa después de que haya sido aportada y, por tanto, incorporada al patrimonio social.

Por lo que se refiere a la predeterminación convencional de las posibles razones de exclusión en el contrato social, se tienen presentes los límites que encuentra también en este campo la autonomía privada. Es bien lícito dudar de que dichos límites sean respetados y sea legítima una previsión expresa en términos genéricos en el contrato social, de "sucesos que hagan dañosa para la sociedad la permanencia de un socio", o también de "sucesos que hagan oportuna para la sociedad la exclusión de un socio", y remiten esta apreciación de conveniencia al juicio de la junta general, es decir, en su mayoría. De todos modos, al juzgar si los hechos sobrevenidos, y en que medida, son relevantes en orden a la colaboración social, pueden entrar en juego las más diversas especies de intereses y de consiguientes apreciaciones, entre las cuales se deben valorar y distinguir las apreciaciones, legítimas del interés social colectivo, de apreciaciones dominadas por intereses de otra naturaleza y, por tanto, ilegítimos e inadmisibles (3). La legitimidad se somete, como tantas veces, al control judicial.

El interés en la marcha de la empresa social tiene en la exclusión una legítima arma de defensa contra el socio que, en la gestión social, descuide los negocios convenientes a la em-

(2) Cfr. D. 17, 2, 58 pr. 1; nuestra exégesis en el citado estudio, nr. 11, locución citada.

(3) Véase DE GREGORIO, «Delle societá e delle associazioni commerciali», 1938, p. 757 y ss.; AULETTA, «Il dir. assoluto d'esclusiones nelle società di persone», en *Scritti per Carnelutti*, III, pp. 667-683, y otras contribuciones allí reseñadas; CAMDIAN, *loc. cit.*, 34 y s.

presa o anteponga el propio interés individual en conflicto con el de la sociedad (Cfr. art. 2.373); cuando, por ejemplo, se sirva en provecho propio de bienes sociales, o sustraiga clientela a la sociedad con una concurrencia desleal. Otras veces el conflicto entre socios puede nacer de las relaciones de convivencia y de la dirección y forma de colaboración, por la inicua repartición de cargas y ventajas, de la atención y sacrificio personal y de las utilidades correlativas; y en este caso la amenaza de la exclusión no es legítima, sino como extrema ratio para conminar después de ejercitadas en vano otras vías y cautelas. Enteramente reprobable e inadmisible es el uso de esta arma por parte de la mayoría (4) o del contratante más fuerte, con fin de obtener ventajas o satisfacer intereses que no tengan nada que ver con las exigencias de la convivencia y de la gestión social. La posibilidad de un abuso parece todavía inseparable de la índole de una relación que se funda eminentemente sobre la atención del talento de colaboración de los partícipes tanto como en su sensibilidad, y tolera mal una rigurosa disciplina de justas causas de exclusión.

2) Agotada la indicación de las modificaciones de la relación obligacional que afectan a los sujetos, se debería ahora reseñar las modificaciones que afectan al vínculo o al objeto. Pero vamos a limitarnos a hacer una simple indicación y un reenvío. Modificaciones que conciernen al vínculo son la mora del acreedor (art. 1.206) y sobre todo la mora del deudor (1.219), caracterizada por el hecho de potenciarse la responsabilidad contractual con el llamado "traspaso del riesgo" (1.221) (5), las modificaciones que afectan al objeto pue-

---

(4) ROUSSEAU, «Contrat Social», II, cap. III; 4, cap. I (cfr. n. Teor. Gen. neg.», p. 271). Para una clasificación de los intereses, AULETTA, en *Ser. Carnelutti*, III, p. 671 y s. Decisivas son las observaciones de MÜLLER-ERZBACH, «Recht der Mitgliedschaft», 396-398, para una «Nachprüfung der Ausstossung auch auf deren sachliche Gründe hin».

(5) Sobre este punto véase BARASSI, «Teor. gen. obblig.», III, nn. 248-49 y n. 291, sub b; MONTEL, «La mora del debitore», 1930. Es discutible, sin em-

den configurar una conversión o también la extinción de la obligación.

Configuran una conversión de la obligación la novación objetiva, de la que ya se ha hablado (§ IX), como de toda otra figura de absorción, y la *reductio ad aequitatem* prevista en el caso de onerosidad excesiva (1.467, párrafo último) en cuanto a la relación preexistente en otra (6); además, alguno encuentra una conversión en la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor, cuando a la liberación de éste se oponga y contrapese un *commodum repraesentationis*, según lo que ya se ha dicho (Sec. I, § 7). Pero esta última opinión no parece exacta, como volveremos a ver más adelante (§ XVIII).

Las modificaciones extintivas que afectan al objeto serían consideradas de modo muy distinto de las modificaciones resolutorias, estén encomendadas a la autonomía de las partes —así como la remisión, la revocación o la disolución consensual—, o sean, por el contrario, medios de defensa contra el incumplimiento o el riesgo de deficiente cooperación (§ X, sub. 1): la resolución (posible ésta, según el art. 1.467, también en el caso de que sobrevenga una excesiva onerosidad de la prestación cuando no se de lugar a una *reductio ad aequitatem*"), la rescisión, la exclusión. A diferencia de las modificaciones resolutorias, que se encuadran en un desenvolvimiento anormal de la relación obligatoria, las modificaciones extintivas se refieren al hecho de la satisfacción,

---

bargo, la categoría de las «sustituciones de la prestación» propuesta por BARASSI, ivi, n. 247, y tanto más el encuadramiento en ella de la mora del acreedor. Ya se puso de relieve que el término «traspaso del riesgo» en la mora del deudor es equívoco y debe ser evitado, en sec. I, § 7.

El fenómeno contrario de debilitación (affievolimento) del vínculo se supone por los que admiten que sobrevive una obligación moral (2034) a la prescripción extintiva y a la sentencia de absolución. Pero esta opinión debe rechazarse. (Sobre el fenómeno del affievolimento y de la energía potenciada véase n. «Teoria gen. negoz. giur», § 6, sub a y b, y bibliografía citada en ella.

(6) Sobre el fenómeno de la absorción cfr. «Teoria», citada, § 6, sub c, página 33.

para la que el interés del acreedor en la cooperación ajena (1.174) viene satisfecho y la relación obligacional, cumplida la función económico-social, alcance su fin; o también al hecho de que se agote sin posibilidad de alcanzar el fin (7).

Modificaciones extintivas son: el pago (7 a) —las sustituciones del pago— como la *datio in solutum* (1.197-1.198) y la prestación del tercero), la compensación (8), u otro modo de alcanzar el fin (9), la satisfacción mediante ejecución forzosa por subrogación.

Las modificaciones extintivas no satisfactorias configuran un modo de agotarse la relación, que depende de hechos que excluyen la posibilidad de una satisfacción del interés, incluso en vía de una cooperación subrogatoria de la debida. Tales hechos excluyentes pueden, o referirse a los sujetos —como la confusión— (10), o referirse al objeto. La imposibilidad sobrevenida de la prestación es de esta última naturaleza, cuando dependa de un hecho del que ninguna de las partes puede pedir cuenta a la otra, y el riesgo contractual se resuelve en la pura y simple pérdida del *commodum obligationis* (11).

---

(7) Otra clasificación y sistematización propone ALLARA, «Vicende estintive dell'obbligazione» (corso 1952).

(7 *a*) Sobre la cuestión de la calificación del pago como negocio, cfr. literatura menos reciente citada en H. STEINER, «Datio in solutum», 1914, 43, n. 1; la más reciente en n. «Teor. gen. neg. giur.», 16, 160; nuestras observaciones en esta «Teoria», III, VI, 86-87.

(8) Para este concepto satisfactorio de la compensación CICU, «L'oblig. nel patrimonio del debitore». Para la «datio in solutum», STEINER, *op. cit.*, 50-60; 77-82.

(9) KLEIN, «Untergang der Obligation durch Zweckrreichung», 1905.

(10) Disentimos de quienes admiten un carácter satisfactorio en la confusión, como CICU, «L'oblig. nel patrim. del debit.», 1922, p. 266 y ss. CARNELUTTI, «Dir. e processo n. teor. d. obblig.», n. 23, en *Studi Chiovenda*, p. 280; MESSINEO, «Manuale», II, § 124. En realidad una cooperación consigo mismo es imposible.

(11) Cfr. secc. I, § 7. Véase lo que dice ALLARA, «Vicende estintive dell'obbligaz.», para una información más detallada, si bien con una orientación diferente.

SECCIÓN CUARTA

DEFENSA DE LAS OBLIGACIONES: PREVENTIVA Y CON POSTERIORIDAD AL INCUMPLIMIENTO

XII. Medios preventivos y medios conservativos.—XIII. La acción subrogatoria.—XIV. Continuación sobre la acción subrogatoria.—XV. La acción revocatoria.—XVI Secuestro conservativo.—XVII. Beneficio de separación de bienes del difunto y del heredero.—XVIII. Sustitución legal en un crédito del deudor entregado a la iniciativa del acreedor.—XIX. Defensa de la obligación con posterioridad al incumplimiento.

§ XII

MEDIOS PREVENTIVOS Y MEDIOS CONSERVATIVOS

A) Medios preventivos del peligro de insolvencia: Pérdida del beneficio del término. b) Cesión de bienes a los acreedores. c) Abandono de bienes hereditarios. d) Distribución en caso de colisión entre los acreedores.

Hemos caracterizado la obligación como una relación jurídico-patrimonial entre dos personas, en virtud de la cual una (el deudor) es responsable frente a otra (el acreedor) de la realización de un determinado hecho (positivo o negativo) que, por lo general, le es debido por aquella (prestación). Hemos dicho también que cuando el hecho o suceso esperado esté, como es corriente, en poder y deber del obligado, la obligación se presenta, del lado pasivo, como débito o deber de prestación; del lado activo como crédito o espectativa de prestación. Mirando, sin embargo, a un momento ulterior —para el caso de que el hecho o suceso esperado no se produzca o se verifique el evento temido— la obligación se presenta, del lado pasivo, como una responsabilidad en razón del cumplimiento del crédito; del lado activo, como expectativa de satisfacción: expectativa de realizar la garantía del crédito en su valor económico-social. Esta garantía, que se constituya con carácter previo al incumplimiento, que grava el bien objeto de la responsabilidad, está destinada a decaer al mismo tiempo que la responsabilidad, ya cuando suceda el hecho o suceso esperado, ya cuando no se verifique el hecho

o suceso temido, ya finalmente por la destrucción del bien sobre el que recae la responsabilidad (1).

Con el fin de mantener íntegro en sus elementos constitutivos la relación obligacional, la Ley atribuye al acreedor varios medios de tutela de la obligación. Medios de tutela preventiva o subsiguiente, según que sean utilizables antes o después del incumplimiento. En el presente curso dedicaremos nuestra atención a los medios de tutela preventiva, remitiéndonos a la segunda sección de esta Teoría General (2) para el estudio y caracterización de los medios de defensa subsiguiente que, por otra parte, bosquejaremos en el último parágrafo.

En el ámbito de los medios de defensa preventiva se debe distinguir entre A) medios de defensa preventiva que guardan al acreedor contra los peligros de insolvencia y B) medios que protegen al acreedor atendiendo a la conservación de la garantía patrimonial (contra los actos de disposición) o dirigidos a prevenir su disminución.

A) Pertenecen al primer grupo:

a) La pérdida del beneficio del término (1.186, 1.461, 1.626 Cód. civ.).

b) La cesión de bienes a los acreedores (1.977, 1.979-80, 1.982-84 Cód. civ.).

c) Abandono de bienes hereditarios (507-508).

d) En caso de colisión entre varios acreedores: distribución del precio obtenido de la venta judicial, incluso en el caso de que sólo tardíamente aparezcan (499, 510, 515, Código procesal civil).

a) El artículo 1.184 [35] Código civil establece como re-

(1) Ver esta «Teor. Gen. delle Obligaz.», vol. II «Struttura dei raporti di obligazioni», 3, nn. 3-14, p. 33 y ss.; n. 16, p. 65 y ss.

(2) Idem, 5, p. 105 y ss.

[35] En sentido diferente se orienta el artículo 1.127 C. c., que presume establecidos los términos, tanto en interés del deudor como del acreedor.

gla general que cuando aparece fijado un término para el cumplimiento de las obligaciones éste, salvo pacto en contrario, se entiende fijado en favor del deudor. Sin embargo, a pesar de ésto el artículo 1.186 determina que si bien el término se considera establecido a favor del deudor (de donde la imposibilidad para el acreedor de exigir la prestación antes del vencimiento), el acreedor podrá exigir [36] inmediatamente la prestación si el deudor ha llegado a ser insolvente o ha disminuido las garantías ofrecidas o no ha dado las que había prometido. El cambio sobrevenido en las condiciones económicas de los contratantes justifica tal pérdida del beneficio del plazo; el acreedor no puede correr el riesgo de una falta de satisfacción, conociendo ya que el deudor a la época del vencimiento del plazo será insolvente sin duda alguna; la ley le consiente que tome esta iniciativa, a fin de no perder toda esperanza de resultar satisfecho. Por razón análoga, cuando la garantía real venga a menos, el acreedor puede pedir, según el artículo 2.743 garantía idónea sobre otros bienes.

De modo aún más particular la ley tutela al acreedor en los contratos con prestaciones recíprocas autorizando a cada parte contratante a suspender la ejecución de la prestación debida, tan pronto como las condiciones patrimoniales de la otra hayan devenido tales que pongan en evidente peligro la obtención de la contraprestación (1.822, 1.956, 1.959, párrafo 2); o también resolviendo la relación contractual de arriendo (1.626) en caso de incapacitación total o parcial o de insolvencia del arrendatario, salvo que al arrendador se le preste garantía adecuada.

b) Con la cesión de bienes [37], erróneamente sistematizada en el Código tras la transacción, el deudor confiere a sus acreedores el encargo de liquidar todos o alguno de los elementos de su activo, repartiéndose entre sí el produc-

[36] Análogamente puede citarse el artículo 1.129 C. c.

[37] Del pago por cesión de bienes se ocupa el artículo 1.175 C. c.

to (1.977). Este encargo puede conferirse también solamente a algunos de entre los acreedores.

Se ha discutido mucho acerca de la naturaleza de la cesión de bienes a los acreedores (3). No ha faltado quien ha opinado que se trataba de una forma especial de secuestro convencional, mientras que otros han pensado en una especie de mandato concertado en interés del mandatario, otros lo han explicado como un caso de autotutela, y algunos como un supuesto de patrimonio separado. A nuestro parecer, en la cesión de bienes a los acreedores se está en un caso típico de otorgamiento de poder que se instrumenta en un mandato para liquidar, concluido en interés concurrente del mandante y del mandatario (1.723). Los acreedores tienen sobre tales bienes un poder de disposición; poder de liquidarles en interés común y con la finalidad de hacerse pago (1.979-83); pero los bienes siguen perteneciendo al deudor, aunque estén sustraídos de sus facultades de disposición.

Esta cesión es un acto de autonomía privada (con finalidad de autotutela), entregado a la iniciativa ya del deudor, ya del acreedor, y que debe concluirse por escrito e inscribirse si recayeren sobre inmuebles (2.649). En virtud del poder de disposición que les ha sido conferido por el deudor, los acreedores tienen la administración de los bienes cedidos (1.979). Al deudor le queda, sin embargo, la posibilidad de controlar la gestión y de exigir la rendición de cuentas de la misma (1.893). Las sumas que provengan de la liquidación se reparten entre los acreedores en proporción de sus respectivos créditos, si bien debiéndose respetar las causas de

(3) Nuestra nota sobre la naturaleza jurídica de la cesión de bienes a los acreedores, en *Riv. dir. comm.*, 33, 1955, I, pp. 304-27; BARASSI, «Teor. gen. obligg.», III, pp. 204-10; SALVI, «Le cesione dei bieni ai creditori», 1947, n. 10 en especial; nuestra «Teor. gen. negozio giur.», 229, 595; SOTGIA, «La cesione dei beni ai creditori», 1954 (Utet); además, DE MARINI, en *Riv. dir. comm.*, 1942, 310-33; PUGLIATTI, en *Dir. e giur rispr.*, 1945, 81-89; CARRESI, en *Riv. dir. comm.*, 1947, 133 a 150. Se prescinde, aquí, de discutir las cuestiones concernientes a su construcción dogmática.

prelación. En la hipótesis de que satisfechos íntegramente los acreedores, que de un residuo sobrante, éste pertenece al deudor, que pese a estar privado del poder de disposición, conserva siempre la propiedad de los bienes cedidos. La cesión de bienes a los acreedores opera únicamente en relación con los acreedores cesionarios (1.980). En efecto, los acreedores anteriores a la cesión que no han participado en ella, pueden proceder ejecutivamente incluso contra los bienes objeto de la cesión. Los acreedores cesionarios, por el contrario, únicamente pueden perseguir otros bienes del deudor cuando hayan liquidado el activo que les haya sido cedido, sin haberse satisfecho íntegramente (1.980).

Característica de la cesión de bienes a los acreedores es la de constituir un apoderamiento *pro solvendo*. La función solutoria de tal cesión se deduce del artículo 1.984, del Código civil, según el cual el deudor no se libera frente a los acreedores sino desde el día en que éstos reciben la parte que les corresponde en la liquidación, y *en la medida de cuanto han recibido*. Por cuanto no hayan sido satisfechos conservan los acreedores siempre firme su derecho. Por el contrario, si la cesión se hubiere realizado *pro soluto*, el acreedor o acreedores cesionarios, una vez que hubiesen percibido la suma que les correspondía sobre el producto de la liquidación, hubieran debido considerarse satisfechos por el montante íntegro del crédito. El artículo 1.985, en vista de la función solutoria a que tiende la cesión de bienes (satisfacción de las espectativas crediticias), determina que, si el deudor paga a los acreedores que han concertado con él la cesión, el contrato no tiene ya razón de ser, una vez conseguida la finalidad a que tendían las partes (4).

c) Distinto de este medio de tutela, que concede la ley para la satisfacción del crédito, es el abandono de los bienes hereditarios que el heredero puede realizar a favor de los

(4) Sobre ello KLEIN, «Untergang der Obligation durch Zweckerreichung», 1905; nuestro «Dir. proc. civ. it.», 51 y ss.; PUGLIATTI, *op. cit.*, 88 y ss

acreedores (art. 507-11). La ley reconoce al heredero que acepta a beneficio de inventario, el derecho potestativo de hacer dejación de los bienes hereditarios a los acreedores y legatarios, previa la observancia de los plazos y formas prescritas por el artículo 507 del Código civil. El ejercicio de tal derecho potestativo supone, si no una insuficiencia del patrimonio hereditario, al menos la subsistencia de deudas que gravan la herencia, tanto como el deseo del heredero de evitar la confusión de su patrimonio con el del difunto, para no tener que responder con los bienes propios de las deudas de la herencia por insuficiencia en el activo de esta última. La dejación de bienes en manos de los acreedores se diferencia de la cesión de bienes a los acreedores (1.977). Mientras que esta última se produce mediante la conclusión de un contrato en el que participan el deudor, y los acreedores, al menos en parte, la dejación se actúa unilateralmente mediante la inscripción instada por el heredero beneficiado por esta declaración de dejación en el registro de sucesiones, notificada a los acreedores y legatarios (507). De otra parte, allí donde la cesión de bienes opera frente a todos o algunos acreedores que hayan aceptado el mandato que les ha sido conferido para liquidar (y que puede comprender incluso parte del activo del deudor cedente), la dejación de bienes hereditarios afecta a la integridad del patrimonio hereditario y opera frente a todos los acreedores cuyo domicilio o residencia resulte conocido (507). De esto resulta que, mientras en la cesión de bienes los acreedores pueden dirigirse sobre el resto del activo del deudor, cuando hayan sido liquidados los bienes cedidos, en la dejación los elementos del activo que exceden del montante de los créditos liquidados pertenecen a los acreedores que no se han presentado, con preferencia al heredero (508, 502). Atendiendo a los efectos jurídicos se observa que tanto la cesión de bienes como la dejación, privan al deudor y heredero que las utilizan del poder de disposición sobre los bienes a que afectan, aunque tanto una como otra respeten la titularidad dominical sobre los mismos.

El artículo 507, párrafo 3, dispone que "desde el momento

en que se inscribe la declaración de dejación, los actos de disposición de los bienes hereditarios llevados a cabo por el heredero carecen de valor respecto de los acreedores y legatarios". Indisponibilidad que se justifica por la función a que la dejación se ordena: la satisfacción de las expectativas del acreedor. En lo relativo a la gestión de la liquidación, mientras en la cesión ésta se atribuye a los mismos acreedores, que a tal fin pueden servirse de un contador (1893, párrafo 2), en la dejación la liquidación se verifica por medio de un curador nombrado por la autoridad judicial *(pretore),* sea a instancia de parte, sea de oficio (508). La diferencia más sensible entre las dos figuras está precisamente en esto: mientras la cesión de bienes es *pro solvendo* (el deudor se libera en la medida en que los acreedores resultan satisfechos con los bienes liquidados; 1894), la dejación opera *pro soluto,* en cuanto la garantía sobre los acreedores hereditarios se agota sobre los bienes de la herencia, una vez que el heredero ha aceptado a beneficio de inventario, y con la dejación ha evitado la confusión de su patrimonio con el del difunto.

d) Un último medio de prevención ofrece la ley a los acreedores. En caso de insolvencia de un deudor surge una evidente colisión entre los acreedores de un mismo deudor; en general se aplica en tales casos el principio de la iniciativa individual *(vigilantibus iura sucurrunt),* en cuya virtud el acreedor puede hacer cuanto esté en su mano para obtener el pago de su crédito sin preocuparse de los demás acreedores. En abstracto el acreedor que primero ejecuta su crédito contra el deudor podría hacerse pago íntegramente, prescindiendo de las posibilidades de hacerse pago que tuviesen los demás acreedores. Pero la ley ha atemperado este principio, individualista en exceso [38], permitiendo incluso a los acreedores que no hayan ejercitado sus derechos de crédito, el hacerse pago concurriendo a la distribución del precio obtenido en la venta judicial (arts. 499, 510, 525 del Código procesal ci-

[38] Código civil, artículo 1.913 C. c., artículos 870-873 (suspensión de pagos) y artículos 874-941 (Quiebras); L. E. C.

vil), previa intervención en el procedimiento de ejecución, y una vez salvadas las causas de prelación.

B) Pertenecen al segundo que concierne a los medios que tutelan al acreedor en orden a la conservación de la garantía patrimonial (contra actos de disposición) o dirigidos a prevenir su disminución (5): medios que se dirigen contra actos por sí inválidos, como en el caso de simulación (art. 1.415, párrafo 2), medios como los cuatro cautelares y auxiliares en sentido lato (6) que se dirigen contra *actos* por sí válidos, pero lesivos o contra un comportamiento pasivo (secuestro conservativo, acción subrogatoria, acción revocatoria, separación de bienes). La función conservativa hace de alguno de estos cuatro medios —la acción subrogatoria (2.900)— un remedio auxiliar, preparatorio y accesorio de otro procedimiento, que es aplicable tanto respecto de actos ejecutivos, como de actos conservativos. A los cuatro medios indicados se añade además la subrogación legal o *cessio legis (commodum subrogationis)* que se deja a la iniciativa del acreedor (art. 1.259, 1.676, 1.705, 2.856) (7).

Los medios que se dirigen contra actos por sí inválidos, consisten en la acción de declaración de la nulidad que recae sobre el negocio simulado, la cual pertenece al acreedor, mientras los actos que se dirigen contra actos válidos por sí válidos, pero lesivos, consisten en la acción constitutiva de revocación que se reconoce a los acreedores; revocación, que no es otra cosa que parálisis del negocio en cuestión en la medida en que lesiona la garantía del acreedor (8). La acción

(5) BARASSI, «Teor. Gen. oblig.», III, n. 283, en que revisa su presupuesto normal en caso de insolvencia (210-12); aunque aquí se trata de prevenir hasta el peligro de insolvencia.

(6) Idem, III, p. 213.

(7) Cfr. nuestra «Teor. Gen. negoz. giur.», 71, sub B-b), p. 565; supra, IV, sub 1. La cualificación «commodum subrogationis» se aproxima de lado activo a la de «subrogatio in locum debitoris» la que en Derecho común es la esencia de la «acollatio simplex» (COVIELLO, en *Archivio Giuridico*, 57, p. 124).

(8) Nuestra «Teor. Gen. negoz. giurid.», § 60, p. 497 y ss.

de declaración de la nulidad corresponde a los acreedores en cuanto ellos se vean perjudicados en sus propias expectativas por los efectos del negocio simulado (9). El interés en la acción resulta del hecho de que, si el negocio simulado, respetando las apariencias, debiese considerarse eficaz, de ello resultaría un evidente perjuicio para ellos. Así el artículo 1.415, párrafo 2, dispone que los terceros pueden hacer valer la simulación frente a las mismas partes cuando con ella se perjudican sus derechos; en el mismo sentido el artículo 1.416, párrafo 2, determina que los acreedores del simulado enajenante pueden hacer valer la simulación que perjudica sus derechos, y en caso de un conflicto con los acreedores del adquirente simulado, cuyos derechos consten por escrito, son preferidos a éstos si su crédito es anterior al acto simulado.

Después de haber ofrecido un cuadro general de los medios preventivos concedidos por la ley a los acreedores con el fin de mantener íntegra la garantía patrimonial (2.740) ordenada para el caso de incumplimiento imputable (1.218), correspondiente del lado activo a la responsabilidad del deudor, debemos considerar separadamente los cinco medios de índole cautelar y auxiliar que hemos mencionado (arts. 2.900, 2.901, 2.905, 512, 1.259, 1.676, 1.705, 2.856).

(9) BARASSI, «Teor. gen. obblig», III, p. 211; nuestra «Teor. gen. neg. giur», 32, a), p. 273 y ss.; p. 273 y ss.; 51 b), p. 418 y ss.

§ XIII

LA ACCION SUBROGATORIA

Problema de su construcción dogmática a la luz de su génesis histórica. Crítica de planteamientos erróneos. Calificación dogmática de la acción subrogatoria, según se deduce de su elaboración histórica; medio preparatorio de un procedimiento conservativo o ejecutivo.

El Código vigente, bajo la rúbrica "De los medios de conservación de la garantía patrimonial" comprende: la acción subrogatoria (art. 2.900); la acción revocatoria (art. 290-4); el secuestro conservativo (arts. 2.905-6).

El artículo 2.900 del Código civil [39] determina las condiciones, las modalidades y los efectos de la acción subrogatoria: la ley reconoce al acreedor que trate de asegurar el pago o la conservación de sus expectativas, el poder de ejercitar las acciones que pertenecen a su deudor y se dirijan contra terceros, acciones que su titular descuide de ejercitar, con tal que sean derechos de contenido patrimonial, y de aquellos que por su naturaleza o por disposición de la ley, no puedan ser ejercitados más que por su titular. El acreedor al actuar judicialmente debe citar también al deudor en cuya posición se subroga.

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de la acción subrogatoria; algunos han definido la acción subro-

[39] En el C. c. alcanza su formulación en el artículo 1.111.

gatoria como acción ejecutiva, otros como acción conservativa, otros, incluso, finalmente, identificado en la acción subrogatoria una acción de aseguramiento accesoria de un procedimiento ejecutivo o conservativo. Para darnos cuenta de la construcción dogmática de la acción subrogatoria debemos atender a sus orígenes, y a su desenvolvimiento histórico, desde el Derecho romano, a través del Derecho común y el Derecho francés, hasta las codificaciones modernas.

El precedente histórico de la acción subrogatoria está en la conversión del *mandatum actionis* conferido al acreedor que tenía un crédito en prenda, en una legitimación —otorgada por el pretor gracias a la *jurisdictio* que le es propia— en una *actio utilis* que sustituye a la *actio mandati: actio utilis* con cuyo ejercicio el acreedor pignoraticio se presentaba como un sustituto procesal *(procurator in rem suam)*, sin obligación de rendir cuenta del resultado del juicio al titular del crédito (1). Es preciso fijar la atención sobre algunos puntos salientes del desenvolvimiento histórico (2). En el Derecho romano un ejercicio de los derechos del deudor por parte de los acreedores se encuentra en la *missio in bona* concedida por el pretor en vista de una sentencia condenatoria sobre el deudor. Ahora bien, durante el procedimiento de la *missio in bona* cuando había necesidad de hacer valer algún derecho del deudor, la persona designada *curator* y escogida entre los acreedores estaba autorizada a ejercitar una *actio utilis* frente a los deudores del deudor ejecutado. Este es un síntoma de carácter eminentemente personal que tenía el derecho de crédito en sus primeras épocas. El derecho de crédito viene tratado, al igual que otros bienes, como un elemento que forma parte del patrimonio individual, sujeto en consecuencia a enajenaciones y adquisiciones. Allí donde en una

(1) Inexactamente Cicu habla de representación. «L'Obblig. nel patrim. del debitore», 2.ª edic., 1948, p. 90.

(2) Una excelente exposición de este desenvolvimiento ofrece C. Zucconi. «L'origine storica dell'azioni surrogatoria», en *Riv. dir. civ.*D, 1910, pp. 749-784; Cfr., ibídem, 1911, pp. 1-36, 145-190.

fase anterior se recurría a la novación (GAYO, II, 38), más tarde se emplea mediante la cesión del crédito, el expediente de convertir en *procurator* al cesionario, dispensándole de rendir cuenta *(procurator in rem suam)*. Luego la posibilidad de inconvenientes tales como el retraso, o la revocación, o la muerte del mandante o del mandatario, aconseja al pretor a aquel que tiene derecho a un *mandatum actionis,* una *actio utilis,* como subrogado de la *actio mandati* y con los mismos efectos. La posición procesal del cesionario, a quien se confiere esta acción útil, es la del sustituto procesal que comparece en juicio en nombre propio para hacer valer derechos ajenos (3). La posibilidad de enajenar y de adquirir los derechos de crédito hace también admisible la figura de la prenda de créditos *(pignus nominis)* (4). Así la garantía de un crédito puede versar, además de recaer sobre bienes muebles e inmuebles, sobre otro derecho de crédito. Con el *pignus nominis* se confiere convencionalmente al acreedor pignoraticio la facultad de exigir, con la *actio utilis* el pago de un tercero deudor, o de obtener la venta del crédito pignorado. Junto al *pignus* convencional, ANTONINO Pío introduce el *pignus in causa judicati captum*. Los dos medios conducen a la ejecución sobre el objeto destinado por el acuerdo de las partes o judicialmente al pago del crédito, aunque sea con diferentes modos de ejecución. En virtud del *pignus nominis* el acreedor pignoraticio, una vez insatisfecha su expectativa, puede vender el crédito, o también dirigirse directamente contra el deudor de su deudor, con la acción útil que le ha sido conferida por el pretor, haciéndose pago con la cosa obtenida o con la suma percibida. Mediante el *pignus in iusta causa iudicati captum* el acreedor, cuyo crédito conste por escrito, puede valerse del crédito del propio deudor sólo cuando, obtenida

(3) EISELE, «Die actio utilis suo nomine des Zessionars», en *Zschr. d. Savigny-St.*, Rom. Abt., 27, 46 y ss.

(4) Del pignus nominis, tratan D. 13, 7, 13 pr.; D. 4, 39, 7; C. 8, 16, 17. Sobre el subpinus véase SOHM, «Die Lehre vom subpignus», § 1864, pp. 124 y siguientes.

la *confessio* o condena del deudor, se haga conceder tal tipo de prenda. Pero aun entonces queda sometido a dos condiciones: a diferencia del acreedor pignoraticio convencional, obra con la intervención del magistrado competente para la ejecución, y su procedibilidad ejecutiva contra los *nomina* es subsidiaria respecto de la que le corresponde sobre los inmuebles y sobre los muebles. Así junto al procedimiento ejecutivo de la *missio in possessionem* que atiende a la totalidad de los acreedores se sitúa este derecho exclusivo del acreedor individualmente considerado. Conviene ahora hacer notar las fases de este procedimiento ejecutivo, que, una vez obtenida la condena o la *confessio un iure* del deudor, se inicia, previa intimación, con el secuestro de determinados bienes por parte de los *executores* agentes del juez, a instancia del acreedor hasta la venta de los bienes o el cobro del crédito (5).

Llegados a este punto es preciso advertir que precisamente en la figura del *pignus nominis,* sea convencional o judicial, se encuentran los gérmenes de la acción subrogatoria. Conviene observar, ahora dentro, únicamente, del campo del *pignus in causa iudicati captum,* el caso en que el tercero, deudor del deudor, no sea *confessus,* esto es que no reconozca el pretendido crédito del deudor, y no subsistan sino créditos controvertidos sobre los cuales se dirige el *pignus*. No se aprecia fácilmente cuál sería el remedio aplicable en tales casos; pero es de suponer que entonces el magistrado no tuviese poder de vender o exigir el *nomen;* podría hacerlo cuando el litigio estuviese resuelto y el crédito comprobado. Para proceder a esta comprobación se encarga a un curador de promover las acciones declarativas de los derechos en lugar del acreedor cuyo derecho se ha pignorado, previa suspensión del procedimiento ejecutivo (6).

Si, en vista de esta rápida ojeada, se llega a concluir que el ejercicio de los derechos del deudor se encuentra siempre

(5) Cfr. nuestro «Dir. romano: parte general», §§ 95 y 103.

(6) Zucconi, en *Riv. dir. civ.*, 1910, p. 766.

unido a las diversas vías de ejecución *(missio in bona, pignus in causa judicati captum),* ello no nos debe servir para afirmar que ejercicio del derecho y realización del valor sean términos equivalentes. Exactamente ZUCCONI (7) distingue la realización del valor del ejercicio del derecho. Mientras la realización del valor se opera con la venta (llevada a cabo por el *magister bonorum* en la *bonorum venditio),* y por el magistrado por medio de los "oficiales" en el *pignus in causa iudicati captum,* el ejercicio de los derechos del deudor tiene lugar y sentido con relación a las controversias que vienen iniciadas por terceros que pretenden tener derechos reales sobre los bienes corporales, y se realiza por obra del curador o del magistrado. La realización del valor no supone en realidad un ejercicio del derecho del deudor; por el contrario, tampoco el ejercicio del derecho supone una realización de valor, en cuanto tiende únicamente a repeler las pretensiones a terceros o de comprobar los créditos pignorados desconocidos. El ejercicio de los derechos puede, sin embargo, servir de medio para alcanzar la realización del valor, que es algo totalmente distinto. Sólo en caso de falta de *confessio* por parte del tercero y de pretensiones invocadas por terceros sobre la cosa pignorada se produce en el *pignus* judicial, y en la *bonorum venditio,* el ejercicio de derechos del deudor por parte del curador o del magistrado, a través de la inserción de un procedimiento declarativo en el procedimiento de ejecución.

Quien busque los precedentes históricos de la acción subrogatoria en el Derecho común, encuentra que en este último están vigentes principios y reglas que se habían elaborado en el Derecho romano tardío. Así se acusa la distinción entre los dos posibles actitudes del tercero: confesión o *discusio* y pretensión. ACCURSIO enseña (ad C 4, 15) que los terceros deudores del deudor pueden ser demandados *officio iudicis* úni-

(7) «L'origine storica della azione surrogatoria», en *Riv. dir. civ.,* 1910, p. 765. Cfr. también MANFREDINI, «Appunti in tema di azione surrogatoria», en *Foro it.,* 1937, I, 942-96.

camente *si confitea ntur se debere; coeterum si negent, contra rescriptum est; ...quia non esset diferentia inter res corporales et nomina.* BARTOLO (ad C. 4, 15) a su vez entiende que la ejecución sobre los créditos del deudor se suspende si el tercero niega el débito: *nam si neget, non potest fieri executio* (8). BALDO (ad C. 4, 15, 2) confirma esta doctrina común, pero, en cuanto al curador a quien se ha deferido el ejercicio de los derechos del deudor, sostiene por primera vez que para tal oficio pueda ser designado el propio acreedor (9). De todo ello se saca la conclusión de que también para los glosadores y comentaristas el juicio de declaración contra el tercero deudor constituía un procedimiento de cognición separado y distinto del procedimiento de ejecución. Con la posibilidad de nombrar curador al mismo acreedor venía a perder importancia el crédito en sí; y al mismo tiempo otras innovaciones que afectaban el orden de ejecución impuesto por el sistema procesal romano sobre los bienes, conducían a una aproximación cada vez más estrecha entre el *pignus* convencional y el judicial. Ya no se trata de un curador nombrado por un magistrado, sino que el acreedor mismo está legitimado para promover el proceso declarativo. Exigencias de orden práctico llevan a disolver las reglas recibidas del Derecho romano: reglas demasiado complejas e inadaptadas a las exigencias económicas. Advirtiendo la necesidad de recurrir a otros medios cualesquiera de garantía, se encomienda a la autonomía privada la posibilidad de constituir una hipoteca general sobre todos los bienes mediante la simple adición de una cláusula contractual llamada de garantía (de donde el nombre de *instrumentum guarantigiatum* que recibe el documento). En virtud de tal instrumento que ofrece al deudor una garantía hpotecaria sobre todos los bienes del deudor, el deudor puede actuar contra el tercero con el fin de conservar la garantía patrimonial, ejercitando, independientemente de la ejecución, la acción del propio deudor contra el tercero, *utiliter quasi*

(8) Cfr. ZUCCONI, en *Riv.*, cit., 1910, p. 767.

(9) Cfr. ZUCCONI, en *Riv.*, cit., 1910, p. 768.

cessa aut demandata. El *instrumentum guarantegiatum* o el documento privado reconocido, al producir desde su otorgamiento la hipoteca general sobre el patrimonio del deudor, permiten al acreedor actuar incluso cuando su crédito no haya vencido o todavía no sea exigible. Surge a favor del acreedor un vínculo real sobre los bienes del deudor (10). El acreedor puede, así pues, no sólo actuar sobre los créditos en vía ejecutiva, sino también, en vía de cognición y para conservar íntegro el patrimonio, ejercitando derechos en lugar del deudor que descuide el hacerlos valer (11).

---

(10) Cfr. ZUCCONI, en *Riv.*, cit., 1910, pp. 769-771. Interesante DONELLO, «Coment. in Cod.», 4, 15, 2 (Opera, ed. Lucae, 1765, VII, 922), n. 7: quasi haec actio in creditorem sit translata. Nam haec actio in creditorem transfertur, cum creditor debitorum nomen pignori obligat. Cfr. SABELLI, «Summa», I, véase «Creditor», nr. 34; ASCARELLI, «St. in t. di conttrati».

(11) Cfr. ZUCCONI, *l. cit.*, p. 774. Todos los aspectos de la cuestión son exahustivamente tratados por ALPHONSUS DE OLEA, «De cessione iurium», título IV, quaestio 3.ª y 4.ª, § 17. Este autor distingue entre remedia, *jura et exceptiones debitori competentes y nomina debitoris*, preguntándose si los acreedores puedan hacerlos valer sin necesidad de cesión. Atendiendo al segundo grupo distingue entre acreedor quirografario e hipotecario. El primero puede demandar al subdeudor por el procedimiento ejecutivo del «pignus in causa judicati captum», y a propósito de ello OLEA distingue (qu. 4.ª, § 33), según el tercero sea ya «confessus» o no. *a)* En el caso de que el subdeudor sea «confessus» no se opera ningún ejercicio de derechos del deudor, sino una mera realización de valor de un bien como si estuviese en las manos del deudor (qu. 4.ª, § 17); *b)* en el caso, por el contrario, de que el tercero no sea «confessus», se abre un verdadero y auténtico juicio declarativo; el acreedor ejercita un derecho del deudor contra un tercero. Por el contrario, el acreedor hipotecario tiene la acción hipotecaria; con ello OLEA se ponía frente a la tesis dominante que otorgaba al acreedor una «acto utilis». Atendiendo al primer grupo (remedia, jura et exceptiones debitori competentes) el autor destaca los «jura» que Ulpiano ponía junto a los muebles e inmuebles, como susceptibles de ejecución. Así en la rescisión por lesión enorme (qu. 3.ª, §2). OLEA, después de un cuidadísimo examen casuístico, concluye que las excepciones pueden ser opuestas al acreedor; así también pueden ser ejercitadas las acciones, sin necesidad de cesión, cuando el deudor haya solicitado el «concursus bonorum»; la cesión no es necesaria ni siquiera cuando sea requerida indebidamente o el deudor esté ausente (qu. 3.ª, § 31). Sobre esta cuestión véase ZUCCONI, «L'origine storica dell'azione surrogatoria», en *Riv. dir. civ.*, 1910, p. 774-777.

Pero el nombre de la subrogación se deriva del antiguo Derecho francés, en el que el ejercicio de los derechos del deudor es fruto de profunda elaboración. Sin querer profundizar más sobre el tema (12) sólo queremos recordar que BRILLON *(Dictionaire des arrêts* 1.797, voz *Creancier,* n.º 10) caracteriza al *praetorium pignus* como "un derecho que otorgaba a un acreedor para ejercitar las acciones de su deudor; lo que es una especie de subrogación". Como en el Derecho intermedio, así como también en el Derecho francés, acogido el principio de la hipoteca general que sobre los bienes del deudor corresponde al acreedor *(qui s'obblige obblige le sien),* se admitió que el acreedor pudiese subrogarse en el ejercicio de los derechos del propio deudor sin necesidad de autorización judicial. LEBRUN nos habla también de esta subrogación *(Traitè des successions,* libro III, cap. VII, secc. II, n.º 27). Según LEBRUN pueden ejercitar los derechos y las acciones de deudor *et s'y faire subroger à cet éffet quand le débiteur réfuse de les exercer lui même, parce que ce refus passe pour une fraude manifeste.* DOMAT a propósito del artículo 278 de la "Coûtume de Normandie", dice que es común al Derecho romano y al Derecho consuetudinario *que les crèanciers puissent exercer tous les droits et les actios de leurs debiteurs.* En esta tradición encuentra su fuente el artículo 1.166 del Código de Napoleón.

A la luz de este desenvolvimiento histórico que conduce

En la práctica del Derecho intermedio, sin embargo, no debió ser frecuente el recurrir a los «nomina et jura» del deudor (en el presupuesto de condena del deudor, de la confessio de un tercero y de insolvencia del primero). Porque el hecho de surgir y de generalizarse la «obligatio bonorum» que deriva del «instrumentum guarantegiatum» o del documento privado reconocido hace posible el ejercicio de los derechos del deudor con un fin diferente del propio de la «pignoración» (SABELLI, «Summa», voce creditor, n. 34). Cualquier acreedor hipotecario puede obrar incluso si es titular de un crédito sometido a condición; y su acción, justificada por el derecho real sobre los bienes, persigue el fin de impedir su pérdida o disminución.

(12) Véase sobre ello ZUCCONI, «L'origine storica dell'azione surrogatoria», en *Riv. dir. civ.,* 1910, pp. 778-84.

a encontrar el origen de la acción subrogatoria en la acción de declaración que se insertaba en la ejecución del *pignus in causa iudicati captum,* cuando el tercero deudor no fuese *confessus,* podemos intentar una calificación dogmática de la acción subrogatoria.

El derecho potestativo conferido a los acreedores, de ejercitar los derechos y las acciones del deudor que se dirigen contra terceros, cuando su titular se descuide en su ejercicio (en la medida en que tengan un contenido patrimonial y no sean inherentes a la persona) encuentra su base en la expectativa de satisfacción que esos acreedores tienen sobre los bienes del deudor, y está coordinado con la finalidad de asegurar la integridad de la garantía patrimonial (2.740), que —como se vio en la sección II de esta teoría— es un elemento constitutivo de la relación obligacional. No debe creerse que la caracterización de la acción subrogatoria ha sido objeto en el pasado de concorde unanimidad entre los estudiosos. Por el contrario, bajo el imperio del antiguo código, se contraponían dos doctrinas: la que atribuía a la subrogación real la consideración de medio ejecutivo, y la que por el contrario la consideraba como un medio conservativo (13).

La opinión que identifica en la subrogatoria una acción ejecutiva, cree encontrar una clara justificación en razones de orden histórico, exegético y dogmático. Ateniéndose puramente a la circunstancia de que el germen de la acción subrogatoria se encuentra en un procedimiento ejecutivo, se saca la errónea conclusión de que la acción subrogatoria es en sí misma un medio de ejecución. El error en que incurre este punto de vista es evidente; el ejercicio de los derechos del deudor por parte de un *curator* y con posterioridad por el acreedor en persona daba lugar, sí, a una acción que venía a insertarse, previa suspensión de la ejecución, en el *pignus* judicial; pero

(13) Zucconi, «L'origine...», en *Riv. dir. civ.*, 1910, pp. 768 a 777; ídem, «Natura e efficacia dell'azione surrogatoria», en *Riv. dir. civ.*, 1911, pp. 1-17; Cicu, «L'obbligazione nel patrimonio del debitore», 1948, pp. 92-94.

era una acción declarativa que no se confundía en absoluto con la acción de ejecución en cuyo marco procesal se manifestaba. Surgía un juicio declarativo *(giudizio de cognizione)* por el hecho de que el tercero deudor se oponía a la subsistencia del débito ya vencido. Rechazado este primer argumento, también resultan sin consistencia los demás adoptados por la teoría ejecutiva. Así el argumento que deriva del artículo 1.234 del Código civil de 1.865 que encuentra el fin de la acción subrogatoria en "la consecución de cuanto es debido". Bajo el aspecto teleológico, la acción subrogatoria no puede considerarse sin más un medio ejecutivo, sino simplemente un medio con finalidad estrictamente de garantía. La misma formulación del artículo 2.900: *per assicurare che siano soddisfatte le sue ragioni* excluye las dudas que se derivaban de la equívoca formulación del Código de 1865. Tampoco tiene mayor fuerza el argumento por el cual, si se debiese admitir que el acreedor, sólo en cuanto tal, pueda en todo momento interferirse en los derechos de su deudor, estos vendrían a quedar sometidos al control del acreedor. Los derechos del deudor inactivo pueden ser ejecutados por el acreedor, únicamente en el caso de que sea de temer una disminución de la garantía patrimonial y para prevenirla. Hay por consiguiente unos límites muy estrechos para el ejercicio de los derechos del deudor, y sólo dentro de estos límites se puede decir, con PACCHIONI (14), que existe un control por la gestión.

En fin se ha acercado la acción subrogatoria a la prenda frente a los terceros y de ello podría inducirse una caracterización como medio ejecutivo. Pero se ha olvidado que, si objeto de ejecución pueden ser tanto los derechos reales como los derechos de crédito, no pueden sin embargo resultar expropiadas las acciones que atienden a la tutela de los créditos. Y en el caso de la acción subrogatoria el acreedor puede únicamente ejercitar frente a tercero las acciones que el deudor se ha abstenido de ejercitar.

---

(14) «Tratado di dir. civ.» (ed. Cedam); «Delle obbligaz. in generale», I (2.ª ed., 1934), p. 141; CARNELUTTI, en *Studi Chiovenda*, pp. 292-295.

Quien, por el contrario, encuentra en la acción subrogatoria la naturaleza de una acción cautelar conservativa, afirma que el acreedor no pueda tener otro derecho que no sea el de suplir con la propia acción la inercia del deudor y de prevenir la pérdida de aquellos bienes sobre los que el derecho de crédito, en último término, deberá ser satisfecho. También limitándose a considerar el solo aspecto teleológico, no se puede decir que tal opinión refleje exactamente la función de la acción subrogatoria. Se ha observado, en contra de ello, que la acción subrogatoria es un órgano de transformación y modificación de los elementos patrimoniales; no de conservación (15). Esta observación es exacta, mas para que sea decisiva con la finalidad de excluir en la subrogatoria la naturaleza de medio conservativo se debe precisar que es un medio conservativo y en qué consiste la función cautelar. En efecto, incluso reconociendo en ella un órgano de transformación patrimonial, se podría siempre hablar, en sentido amplio, de medio conservativo en orden al fin que persigue. A este propósito Zucconi (16) pone claridad al distinguir entre varias clases de medios concedidos por la ley, que pueden ser reconducidos todos bajo el aspecto teleológico de una función de tutela preventiva pero que por su naturaleza no son medios conservativos en sentido técnico. Así en algunos casos se habla de medidas conservativas no ya a la vista de la denominada causa próxima, por la que la parte la provoca o actúa, sino en vista del fin inmediato que persigue. En otros casos, por el contrario, se habla de medidas conservativas atendiendo a su función procesal, de la comúnmente denominada causa próxima por la que el acto se ha cumplido o exigido. En esta segunda clase se recogen, de un lado, las medidas con las que se opera la tutela preventiva de un derecho subjetivo independientemente del concurso del deudor, o de la intervención

(15) Ferrara, «Scritti», II, 147; Cantoni, «L'azione surrog. nel dir. civ. italiano»; Manfredini, en *Foro it.*, 1937, I, 492-496.

(16) «Natura ed effetti dell'azione surrog.», en *Riv. dir. civ.*, 1911, pp. 26-34, especialmente 29-31.

de la autoridad judicial; de otra parte, las medidas cautelares para las que es precisa la intervención de la autoridad judicial o la intervención de otras personas (el interesado en algo contrario). Ahora bien, la acción subrogatoria, examinada a la luz de esta distinción, no puede ser calificada como un medio conservativo cautelar (17). Esta no tiene una función única ni invariable de tutela procesal, y, al concretarse en el ejercicio de un derecho que el acreedor hace valer en lugar del deudor, tiene la misma función y el mismo contenido del derecho que el deudor ha omitido hacer valer. Sólo en determinados casos la acción subrogatoria podrá ser calificada como medio conservativo, pero accidentalmente: es decir, cuando la acción que devenga ejercitada tenga una función conservativa cautelar (18). En realidad la acción subrogatoria no se comprende en ninguna clase de acción de seguridad que tienda a una medida cautelar provisoria: en ella se puede identificar solamente un medio de transformación de elementos patrimoniales (19) y debe ponerse de relieve que no puede presentarse jamás aislada, sino que precede, acompaña, o sigue a un procedimiento con finalidad provisoria cautelar o también un procedimiento ejecutivo respecto del cual actúa como acto preparatorio (accesorio en este sentido). Considerada en sí misma no puede ser calificada ni como acción cautelar, ni como ejecutiva. ZUCCONI (20), utilizando la distinción entre realización del valor que se alcanza a través de la ejecución y ejercicio del derecho del deudor, clasifica en tres hipótesis los posibles casos de acción subrogatoria ejercitable por un acreedor provisto de título ejecutivo: *a)* rechazar en el curso de la ejecución las demandas de separación de terceros; *b)* hacer declarar, en la ejecución frente a terceros, su obligación para con

(17) Cfr. CHIOVENDA, «Principii de diritto processuale civile», § 8.

(18) ZUCCONI, en *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 34.

(19) FERRARA, «Scritti», II, 147. Cfr. MANFREDINI, en *Foro ital.*, 1937, I, 494.

(20) ZUCCONI, «Natura ed effetti dell'azione surrogatoria», en *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 146; Cfr. CICU, «L'obbligazione nel patrimonio del debitore», 1948, 96; BARASSI, «Teoria. gen. obblig.», III, p. 220.

el deudor, cuya acción se ejercita; *c)* promover la declaración de un derecho o la configuración de un nuevo estado jurídico en el patrimonio del deudor en orden a la ejecución.

En verdad la acción subrogatoria, como medio preparatorio, de una ulterior tutela cautelar o ejecutiva, tiende a una declaración en virtud de una *legitimación de segundo grado* que corresponde al acreedor en virtud de un interés propio para obrar. También un acreedor cuyo derecho se halle sometido a condición, puede, *pendente conditione,* realizar actos conservativos, y *a fortiori* ejercitar la acción subrogatoria. Debe hacerse notar que carece de sentido el preguntarse si esta legitimación que corresponde al acreedor, incluso al condicional, es o no fruto de una adquisición derivativa: porque la adquisición presupone un objeto (21), y un objeto no existe en la legitimación secundaria en sí misma considerada; ésta no presupone sino la existencia de un derecho del deudor, que es el que se hace valer. El acreedor que ejercita la acción subrogatoria no ejercita ningún derecho que haya adquirido, sino que se limita a actuar una función de defensa, en cuanto obra en posición secundaria, *utendo iuribus* del deudor (22).

Con la acción subrogatoria no debe confundirse otro beneficio que la ley concede a ciertos acreedores ofreciéndoles la posibilidad de una subrogación legal que se encomienda a su iniciativa: la cual, cuando se invoca, permite al acreedor el subrogarse en la posición del deudor en el lado activo de la relación que tiene con un tercero, deudor suyo a su vez. En este caso el acreedor obra precisamente haciendo propio el derecho del deudor. Allí donde en la acción subrogatoria la

(21) La pregunta tiene sentido, por el contrario en la prenda, porque aquí hay *un bien* (cfr. Zucconi, en *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 157 y ss.) que constituye el objeto de una adquisición derivativa-constitutiva.

(22) El carácter secundario de la legitimación en la acción subrogatoria ha sido intuido muy exactamente por Sacco en algunas de sus «Osservazioni sulla figura giur. del creditore che procede in via surrogatoria», en *Riv. dir. comm,* 1955, pp. 118-134, especialmente 122 y ss. No obstante algunas extrañas bases de partida iniciales (pp. 29-66), acaba por encontrar el buen camino.

sustitución en el ejercicio del derecho se agota en la legitimación, por el contrario en la subrogación legal encomendada a la iniciativa del acreedor éste se apropia del derecho de su deudor (v. nota 11 del § XVIII).

El acreedor que ejercita la acción subrogatoria debe demostrar que a su deudor pertenecía el derecho de actuar, y que él mismo está unido a su deudor por una relación obligacional que justifica la sustitución. Debe existir en este supuesto un interés para actuar justificado por la situación de hecho en que se encuentra la relación de la que él pretende, y afirma, ser titular (23). Pero de su construcción dogmática hablaremos en el próximo capítulo.

(23) En particular se discute si en la acción subrogatoria hay interés en obrar no obstante la inercia del deudor, cuando en su patrimonio existan otros elementos activos susceptibles de ejecución más fácil e inmediata. En favor de la tesis negativa se afirma decisivamente la ausencia de un efectivo perjuicio actual del crédito, unido a la exigencia de respetar en cuanto sea posible la autonomía de gestión del deudor. Así, la sentencia comentada por MANFREDINI, en *Foro it.*, 1937, I, 492-96 (otros datos bibliográficos en torno a los precedentes históricos de la institución).

§ XIV

CONTINUACION SOBRE LA ACCION SUBROGATORIA

Planteamiento de las cuestiones concernientes a la estructura dogmática de la acción subrogatoria. Sus perfiles procesales. a) el interés de obrar: **refutación de concepciones erróneas;** b) Legitimación para actuar **(doble legitimación);** c) condición procesal del acreedor: **consideraciones sobre el concepto de sustitución procesal;** d) causa petendi: **qué derechos pueden hacerse valer por medio de la acción subrogatoria. Solución negativa para las acciones de estado. Solución diferenciada para las facultades jurídicas de relevancia patrimonial. Criterio sobre los derechos potestativos. El poder que corresponde en virtud del artículo 524 C.c.; crítica de concepciones erróneas; construcción dogmática;** e) Petitum y alcance **de la acción subrogatoria ejercitada con éxito.**

Después de haber dibujado la calificación y caracterización jurídica de la acción subrogatoria, debemos entrar ahora a analizar su estructura dogmática según los perfiles jurídicos y procesales que deben tenerse presentes en el ejercicio de una acción subrogatoria. Deben distinguirse así: *a)* interés de obrar; *b)* legitimación para actuar; *c)* condición procesal del acreedor; *d) causa petendi; e) petitum* (a fin de determinar a quien aprovecha el ejercicio victorioso de la acción subrogatoria).

a) INTERÉS DE OBRAR.—Conviene recordar en este momento que el artículo 100 del Código procesal civil italiano prescribe: "Para interponer una demanda o para contestarla es necesario tener un interés en ello." Sin embargo, incluso en

el caso de que faltase tal precepto nadie dudaría de que para poder actuar procesalmente como actor o demandado es necesario invocar un interés concerniente al derecho. Es lógico que el proceso civil, como institución destinada a la actuación de la ley sustancial, no pueda ser puesto en movimiento arbitrariamente sino únicamente en virtud de un interés que la ley reconozca como plausible. No se trata sin embargo, del mismo interés que constituye el contenido del derecho que se deduce en juicio, o con mayor amplitud el interes protegido por la norma de la ley material, cuya actuación se requiere. Nos encontramos frente a un interés absolutamente distinto y diferente, el cual tiene un carácter secundario o sustitutivo respecto de aquel primero que presupone y que se invoca como insatisfecho. El interés de actuar, como suele designarse con un tecnicismo, nace de un estado de hecho contrario a derecho que es tomado en consideración por la ley procesal; estado de objetiva incertidumbre en la apreciación de la relación o de inobservancia del vínculo jurídico, que hace sentir en la práctica la intervención de órganos jurisdiccionales para eliminar la incertidumbre o para superar la resistencia que se opone o amenaza al ejercicio del derecho. El interés de obrar consiste en el interés en la actuación de la ley (sustancial) en orden a una razón determinada mediante una medida judicial de tipo determinado. Cuantos son los tipos de medidas judiciales, tantos son los tipos de intereses de obrar y los tipos de acciones (1).

Dicho esto, cabe preguntarse: ¿qué interés debe mover al acreedor a actuar en la acción subrogatoria? Para algunos (2) el derecho que se hace valer con la acción subrogatoria se basaría sobre una relación que la justifica: se fundaría sobre una "obligación de conservar" la garantía patrimonial, que incumbiría al deudor y cuya violación perjudicaría al acree-

(1) Nuestro «Dir. procc. civ. ital.», p. 79 y ss. No debemos entrar en la crítica que promueve ALLORIO, «Bisogno di tutela giur.», en *Jus.*, 1954, p. 547 y siguientes. Cfr. CARNELUTTI, en *Riv. dir. proc.*, 1948, p. 152 y ss.

(2) CICU, «L'obbligazione nel patrimonio del debitore», p. 96.

dor. Es ésta, una construcción gratuita, que no sirve, y es también una imagen barroca, que no tiene en cuenta en lo relativo al débito *(Schuld)* la estructura de la relación obligatoria. Conviene recordar que pertenece al acreedor, en cuanto es parte de la relación obligatoria, una garantía patrimonial sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor (art. 2.740), la cual se concreta en una expectativa de satisfacción (II, 61 sgg., 73 n. 38. 150 n. 47); mientras, por parte del deudor, es inherente al débito una responsabilidad desde el momento mismo en que se constituye la relación. Basta operar con el deber de buena fe (art. 1.175, que utiliza el término *correttezza)* que, vincula al deudor frente al acreedor a conservar la garantía de su débito. El deudor no debe abandonar ni descuidar la eficiencia de su patrimonio en la relación obligacional; tiene una carga de vigilancia, en lo concerniente a la tutela de los derechos propios, y un deber de abstención de actos ilícitos, en cuanto pueden lesionar las expectativas del acreedor. En otros términos, incumbe al deudor, como a cualquier otro obligado, una carga de vigilancia y de cuidado, cuya inobservancia compromete el cumplimiento de la obligación. Tampoco está justificado, de otra parte, suponer una especie de derecho real que recayendo sobre el patrimonio del deudor perteneciera al acreedor (3); construcción, ésta, de la relación jurídica que hemos criticado anteriormente (4). Es también exagerado y erróneo la construcción de un "doble dominio patrimonial" (5) en cuya virtud habría un dominio propiamente dicho del deudor sobre sus bienes y un dominio patrimonial que pertenecería al acreedor sobre los bienes del deudor, que concurriría con el primero, y por el cual vendría al acreedor un derecho de control sobre la gestión del deudor sobre sus bienes. Si de control gestorio puede hablarse, a esta idea se llega independientemente de la del doble dominio: basta te-

(3) Rocco, en *Rev. dir. comm.*, 8, I, pp. 690, 92, 95 y ss.; «Il fallimento. Teori gen. ed origine stor.», nn. 15-20, pp. 40-53.

(4) Supra. II, p. 146 y ss.

(5) PACCHIONI, «Delle obbligazioni in generale», 2.ª edic., I, 141.

ner presente que, en cuanto subsiste una genérica garantía sobre los bienes del deudor (2.740) está justificado pensar, no ya que el acreedor pueda controlar cualquier acto realizado por el deudor, sino que le corresponda un control gestorio frente a los actos de disposición o un comportamiento de abandono y descuido que ponga en peligro aquella garantía; por ello el acreedor puede tomar la iniciativa y sustituir al deudor en los actos dirigidos a la tutela de derecho que el deudor deje de atender. El interés de obrar viene determinado por la inercia del deudor, tal que llegue a poner en peligro *(eventus damni)* en la situación concreta, la conservación de sus derechos: en esto radica el dato de hecho que justifica la necesidad de una tutela jurisdiccional.

En vista de todo lo dicho, se debe rechazar también la tesis de CICU, según la cual el acreedor que quiera interponer la acción subrogatoria con la finalidad de proceder a la ejecución sobre los bienes, debería presentarse provisto de un título ejecutivo y tener un crédito líquido y exigible; o también el acreedor que quiera obtener una medida conservativa debería demostrar la existencia de un peligro para las garantías de su crédito (6). En efecto no constituye *causa petendi* que pueda hacerse valer la acción conservativa o ejecutiva que esté en condiciones de ser ejercitada, sino todo lo más es una circunstancia integrante del estado de hecho de la inercia que justifica por sí el interés de obrar. Incluso si el acreedor no está provisto de un título ejecutivo o no se propone solicitar una medida conservativa, para poder ejercitar la acción subrogatoria es suficiente la inercia del deudor, como razón de peligro.

b) LEGITIMACIÓN PARA ACTUAR.—La calificación de parte "legitimada" en causa que se da a una parte representa una calificación sustancialmente diferente de la que viene a significar las de parte actora o demandada. Mientras con las calificaciones de actor o de demandado se indica por quién o con-

(6) CICU, «L'obbligazione nel patrimonio del debitore», p. 97. Cfr. 99.

tra quién ha sido interpuesta una demanda judicial, la legitimación responde a una cuestión de lógica, ¿por quién y contra quién debería estar propuesta tal demanda? ¿quiénes serían legítimos contradictores respecto de tal demanda? No basta que el interés o el poder de actuar en orden a una razón determinada subsista objetivamente, sino que se precisa también que el poder o interés se subjetivicen precisamente en la parte que toma la iniciativa del proceso o de una de sus fases. No basta que la posición jurídica de parte sea asumida y la acción venga ejercitada por un sujeto cualquiera o contra cualquier persona, sino que se precisa, por el contrario, que a la parte que toma la iniciativa en el proceso pertenezca el poder de obrar en orden a la razón que se hace valer y que precisamente a la parte contra la cual se toma la iniciativa del proceso, pertenezca, a tenor de esta razón, la correlativa «carga-poder" de contestarlo y contradecirlo (6 a).

La legitimación para obrar o contradecir son cosas perfectamente paralelas, en el campo del proceso, a aquello que en el derecho material y sustancial se denomina poder de disposición y de obligarse. Una y otro, aunque distintas, pueden comprenderse unitariamente en la categoría de la competencia dispositiva: competencia para resolver sobre la suerte de una relación o estado jurídico, sea realizando actos de disposición de derecho sustancial, sea compareciendo en juicio. La legitimación se entiende, no ya como comprobada titularidad del derecho litigioso, sino como hipotética pertenencia del interés y de la "carga-poder" de actuar o de contradecir en orden a la razón que se hace valer. Por tanto debe ser enjuiciada en función de la misma razón que se hace valer, esto es a la vista de la relación o estado jurídico litigioso, tal como se ha perfilado en juicio por el actor, es decir que viene afirmado o puesto en cuestión por el mismo, no ya como subsiste objetivamente. El control de la legitimación debe hacerse en

(6 *a)* Recuérdese la noción expuesta en nuestro curso de «Dir. proc. civ. ital.», 1936, n. 37, pp. 158-160, utilizada en la nota «legitimación de obrar y derecho sustancial», en *Giur. ti.*, 1949, I, p. 763-66.

abstracto y en hipótesis, estando a cuanto afirma el actor en la demanda, y atendiendo exclusivamente a las afirmaciones enunciadas, y no a si están o no de hecho fundadas, a su veracidad, que es lo que se trata de indagar y que se olvida "por un momento", provisionalmente. La legitimación debe resultar de una relación de la persona del actor o del demandado con la relación o estado jurídico litigioso, que ha resultado afirmado o negado en juicio (7).

Por lo general la legitimación tiene su título en la posición de sujeto activo o pasivo de la relación litigosa o de titular del estado jurídico controvertido tal como esta relación está afirmada y perfilada en juicio como fundamento de la acción. Ello explica cómo en la dogmática del proceso romano común la legitimación fuese llamada *legitimatio ad causam (ad causam petendi)*. Puede aún suceder que la persona encargada de conducir la *litis* haga valer o niegue en nombre propio una relación jurídica ajena, en calidad de sustituto procesal, y ocupando en la causa la posición de parte. Y entonces surge la cuestión a propósito de una legitimación que pueda ser calificada como derivativa o secundaria *(legitimatio ad petitionem* en la posición del actor, *legitimatio ad defensionem,* en la del demandado), en cuanto supone una posición de competencia, de la que debe resultar aquella legitimación secundaria (7 a).

En la acción subrogatoria la legitimación para obrar corresponde al acreedor en razón de la inercia del deudor (artículo 2.900). El acreedor, supuesta "por un momento", provisoriamente, fundada la razón de su deudor, debe: *a)* demostrar su condición de acreedor, incluso en el caso de tratarse

(7) Sobre la problemática aquí bosquejada v. BETTI, «Dir. proc. civ. ital.», pp. 157-61; «Razón y acción», en *Rev. dir. proc. civ.*, 1932, pp. 205-37; nota a sentencia en «Giur. it», 1949, I, 763-66, ALLORIO, en nota publicada en la *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1955, 122 («Diatriba breve sulla legitimazione ad agire»), donde no se recuerdan precedentes.

(7 *a)* Sobre esta más compleja problemática. Cfr. nuestro «Dir. proc. civ. it.», pp. 161-164; «Teor. negozio giur», § 27; pp. 227-230.

de un crédito sometido a condición o término de donde resulta su específica legitimación (*legitimatio ad petitionem* que viene dada por la posición de acreedor en la relación obligacional, cuya garantía patrimonial resulta amenazada por el descuido y la inercia del deudor). Debe además: *b)* demostrar la legitimación de su deudor en relación con el subdeudor (*legitimatio ad causam,* legitimación primaria). Su propia legitimación resulta de la titularidad de un derecho de crédito en relación con un deudor inerte, y ello le legitima para proponer la demanda en sustitución del deudor contra el subdeudor (*legitimatio ad petitionem,* legitimación secundaria).

c) Posición procesal.

Se ha dicho que la legitimación puede derivar de diferentes posiciones jurídicas: en particular se ha dicho que, a veces, la persona encargada de conducir la *litis,* hace valer o se opone en nombre propio, negando, la relación jurídica ajena, en calidad de sustituto procesal. La cuestión de la legitimación surge en todos los casos de sustitución procecal, incluso allí donde el interés en la sustitución no venga determinado por defecto del poder de disposición por parte del titular, sino únicamente de su inercia (como en el caso de la acción subrogatoria) o por su voluntario allanamiento en el juicio que otros hayan promovido contra él. Nos queda por aclarar de qué posición resulta la legitimación del sustituto procesal, y qué naturaleza tiene su poder de sustitución procesal. Está fuera de duda que ello afecta a la acción, y de ahí su utilidad, y no ya a la relación procesal, a diferencia de la *legitimatio ad processum* del simple representante (8), dado que el sus-

(8) Cfr. nuestro «Dir. proc. civ. it.», p. 130 y ss., a propósito de la representación. Es un poder, el del representante, que —igual que la legitimación que supone la representación legal— se podría exactamente cualificar como legitimación para comparecer en juicio —legitimatio ad processum— en el sentido que no concierne la acción ni la legitimación para la acción, sino solamente la contraposición de términos personales en él contradictorio, ni hace referencia a sus efectos, sino únicamente a la validez de la demanda como acto procesal.

tituto procesal es parte y como tal ejercita la acción en nombre propio. El poder de sustitución procesal configura, por consiguiente, una legitimación de obrar y para oponerse de carácter derivativo o secundario, la cual alcanza a una persona ajena, y que tiene por presupuesto la legitimación primaria del sujeto de la relación litigiosa. Por parte del actor ello se presenta como un poder de acción propio, aunque accesorio. Por de pronto un poder de este género hemos contemplado en el apartado sub. *b)*, en la accesión subrogatoria. El acreedor al ejercitar en juicio la acción subrogatoria en el sentido del artículo 2.900, deduce una razón que el deudor inerte ha descuidado hacer valer. El hecho de la pasividad, manifiesta que al deudor le falta interés jurídico, y con ello la *legitimatio ad causam*. La inercia significa solamente la necesidad de que el ejercicio de la acción se transfiera al acreedor, o sea, que a este venga conferido el poder de hacer valer en nombre propio la relación jurídica del deudor. El acreedor que ejercita la acción subrogatoria asume la posición procesal de sustituto, pero no de representante (9). Debe rechazarse la tesis de quien sostiene que representación procesal y sustitución puedan ser colocadas sobre un mismo plano, "ya que como el representante obra en nombre ajeno, esto es utilizando el nombre del *dominus*, así también el sustituto obra normalmente *nomine alieno*, sin que en la manifestación extrínseca de la actuación de uno y otro se revele una diferencia sustancial, en la que se pueda apreciar una verdadera diferencia específica que valga para todos los casos" (10). Quien cae en exceso tal de formalismo en una tan evidente confusión de situaciones, manifiesta que no ha alcanzado a comprender la esencia del fenómeno, y que quedándose en la su-

(9) Cfr. nuestro «Dir. proc. civ. it.», pp. 161-164.

(10) NICOLO, «Dell'azione surrogat», en *Commentario Cod. civ. Scialoja e B Branca*, libro VI: Tutela de los derechos, 1953, pp. 33-37, espec. 34. En la que demuestra ignorar por completo la dogmática procesal de las instituciones y de su evolución historica. Así (35), donde dice «La especificación de la cualidad... constituye ya de por sí un criterio suficiente para la imputación de su obrar aquel que se declara como titular del derecho» (así en el oficio).

perficie no ha profundizado en la diferente situación de los intereses. Así se olvida que el sustituto actúa con riesgo y peligro propio mientras que el representante (legal o voluntario) interviene sólo con el fin de indicar los términos personales en que se desenvuelve el juicio contradictorio, únicamente en orden a la válida constitución de la relación jurídica procesal. Los efectos de la sentencia pronunciada frente al representante recaen directamente sobre el representado. Por el contrario en la sustitución procesal se trata de transferir al sustituto el ejercicio de la acción en orden a la razón que se hace valer; y de aquí que el ejercicio de la acción debe hacerse en nombre propio y en el propio interés por parte del sustituto, que es parte en la relación procesal, es evidente que esta transferencia subrogatoria supone el conferir un poder secundario propio (de acción) en orden a la razón que pretende invocar en juicio.

El punto de vista excesivamente formalista que se limita a constatar el hecho de ser ajenas las relaciones litigiosas no se da cuenta de que esta transferencia subrogatoria de la acción, se opera en la sustitución procesal y, en particular, en la acción subrogatoria; e incurre en el error de concebir como *contemplatio domini* la necesidad en que se encuentra el acreedor, si no quiere que su actividad se reduzca a un *nihil agere,* de manifestar exteriormente la antedicha cualidad. Tal manifestación y la referencia específica que supone respecto de la persona del deudor se reduciría, según el punto de vista en cuestión, a una forma de *contemplatio domini,* o sea, una invocación del nombre (del titular de la situación jurídica sobre la que se quiere operar), que sería incompatible con un actuar en nombre propio. Pero esta manera de presentar la cuestión ignora que en la sustitución procesal no se tiene una "pura invocación del nombre ajeno", sino una transferencia subrogatoria de la acción que pertenece a otro, es decir, conferimiento del poder de hacer valer en nombre propio una relación jurídica ajena en razón de la situación de hecho que genera el interés en la sustitución y gracias a una

relación jurídica entre el titular y el sustituto (10 a). Y sobre todo ignora que el sustituto, y también acreedor, asume sobre sí el riesgo del éxito del juicio y el peso de las costas procesales. Sería absurdo e inconcebible si compareciese en juicio en calidad de representante.

d) Causa petendi.

Después de cuanto se ha dicho debemos preguntarnos qué relaciones jurídicas pueden ser hechas valer por el acreedor en virtud de la acción subrogatoria, y con qué fin, en lugar del acreedor inerte. Para responder a esta pregunta es un auxilio importante el artículo 2.900 del Código civil, el cual dispone que los derechos que el acreedor puede hacer valer y las acciones que puede ejercitar en vía subrogatoria, deben tener contenido patrimonial, y no debe tratarse de derecho o de acciones que "por su naturaleza o por disposición de la ley no pueden ser ejercitados sino por el propio titular". El criterio con que descierne la ley es el de atender al contenido patrimonial de los derechos.

Quedarían por consiguiente excluidos los derechos que son inherentes a la persona. Pero esta inherencia no se presenta siempre con la misma intensidad (11), ni tiene siempre la misma razón. Piénsese así en el derecho del marido sobre la dote, en que el interés tutelado hace referencia a la persona; o también en el derecho de uso, de habitación, o en el derecho de alimentos, en los que el derecho aparece medido por las necesidades de la persona; o también en un derecho cuya duración se mide por la de la vida (usufructo). El ejercicio de la acción subrogatoria no debe excluirse igualmente en todos estos casos: así, por ejemplo, se admite en el usufructo. Ni tampoco puede satisfacer el criterio según el cual la acción subrogatoria podría ejercitarse sólo cuando se trate de bienes susceptibles de ejecución forzosa; criterio que excluiría única-

(10 *a)* De ello manifiesta haberse dado cuenta claramente Sacco, en *Riv. dir. comm.*, 1955, pp. 118-134.

(11) Cicu, «L'obblig nel patrim. del debitore», 1948, p. 100 y ss.

mente los derechos que no tengan un contenido patrimonial; mientras que hay algunos entre estos que suponiendo una adquisición de esta clase, sin embargo dependen, en su ejercicio, de una apreciación de conveniencia que es estrictamente personal.

En cuanto a las acciones relativas al estado civil, se admite su ejercicio por parte de los acreedores, por quienes ven en ellas una doble naturaleza, según que atiendan a fines personales o a fines patrimoniales. Así se ha afirmado que es posible el ejercicio de la acción de petición de herencia por parte de los acreedores, incluso en el caso de fundarse sobre una acción de reclamación de estado. Pero quien adopta este criterio no tiene una noción suficientemente clara acerca de lo que significa el estado de la persona; y la solución es el fruto de una errónea interpretación de las disposiciones de la ley. En efecto, del hecho de que la ley (arts. 248-249 del Código civil) consiente, en algunos casos, a los herederos ejercitar la acción de reclamación de estado del hijo legítimo, y la de contestación de estado impugnativa de la paternidad, se ha inducido que, dado que para estos herederos no puede haber otro fin que el estrictamente patrimonial, son transmisibles y por lo tanto susceptibles de ejercicio en vía subrogatoria. En realidad en los citados artículos no se establece una transmisión; la ley concede directamente a los herederos la misma acción que correspondía al hijo o al padre por el único interés personal que es inherente al estado civil. De otra parte, si no fuese así, habría sido suficiente admitir el ejercicio de la acción de petición de herencia, en el curso de la cual la cuestión relativa al estado civil habría abierto un incidente en el juicio. Tampoco pueden fundar la tesis que rechazamos los artículos: 127 del Código civil, que atiende a la posibilidad que corresponde al heredero de continuar el juicio de impugnación de matrimonio; 306 del Código civil, párrafo 2.º, relativo a la posibilidad de solicitar la revocación por indignidad del adoptado por parte de aquellos a quienes iría a parar la herencia en defecto del mismo y de sus descendientes; 556 del Código civil (proceso pendiente) que legitima para pedir la

revisión de la sentencia irrevocable de condena al heredero o próximo pariente. Tales derechos pueden tener consecuencias patrimoniales acaso a favor de quien no tendría título para adquirir nada *mortis causa* (art. 572 Cód., proc. pen.), pero por su índole no son valuables en dinero.

Debe seguirse, más bien, la doctrina de CICU (12) que identifica en el estado civil de las personas una relación de importancia social regida por el superior interés familiar, y como tal, preventivamente sustraído a la disposición del individuo y acreditado por un título que obliga a considerar como existente el estado civil que del mismo resulta. Esta es la función del comúnmente llamado "título legal" (13): figura en la cual la dogmática reciente ha reconducido tanto el título de crédito como el título ejecutivo, el título judicial o en fin, el título de estado familiar (14). Característica del título legal es que al documento viene atribuido por la ley, no sólo la función genética y constitutiva de elemento necesario para el nacimiento de la relación o estado jurídico, sino también una función dispositiva, que va más allá de la prueba del hecho constitutivo y hace del documento el instrumento indispensable para hacer valer (y eventualmente actuar y transferir) la relación o estado jurídico con los derechos y vínculos inherentes al mismo. El particular valor declarativo que se incorpora por la ley a la forma documental, se manifiesta no sólo cuando se trata de probar de modo incontrovertible el hecho a que se refiere, sino también cuando se trata de excluir los hechos impeditivos, modificativos o extintivos, en cuanto declaración documental hace imposible la oposición de excepciones y defensas que le resultan incompatibles y repre-

(12) CICU, «Diritto di famiglia», 1915; «Filiazione», 1954, p. 10; «Obbligaz. nel patrim. del debitore»; p. 102.

(13) Nuestra «Teoría gen. del neg. giur.», pp. 290-91, y leer allí especialmente CARNELUTTI. ATTRADI, «Ef. giur. d. stato. civ.», 59 y ss.

(14) CARNELUTTI, «Teor. gen. dir.», 2.ª ed., p. 169; SANTORO-PASSARELLI, «Status familiae», en *St. Urb. per Canzio Ricci*, 1948, pp. 60-75; COSATTINI, «Riconoscimiento di figlio naturale», nn. 156-58, p. 170 y ss.

senta la relación o estado jurídico en su actual eficiencia con los poderes y vínculos que derivan del mismo. El valor de declaración entendido en tal sentido, viene reconocido por la ley a la forma documental a fin de tutelar los intereses generales que son diferentes y se interfieren según los distintos títulos legales. En los títulos de crédito se trata por lo común del interés en la rápida circulación del crédito (artículo 1.993); en el título ejecutivo y en el título judicial se trata del interés en una pronta realización; en el título de estado civil está en juego el interés a hacer cierto e incontrovertible, con exclusión de impugnaciones y equívocos el estado civil de conjuge o de hijo. Así la norma de los artículos 130-131 del Código civil asegura la eficacia del acto de celebración del matrimonio; los artículos 236-238 establecen que la filiación legítima se prueba con el acta de nacimiento o con la posesión del estado de hijo conforme a dicha situación; el artículo 270 enuncia los hechos constitutivos de la posesión de estado civil (14 a). Cuando por el contrario se quieran invocar efectos diferentes de aquellos que resultan del título es necesario modificar previamente el título mismo, esto es interponer la acción de estado civil correspondiente. Ahora bien, la acción de estado civil es inalienable e intransmisible del mismo modo que lo es el estado civil de la persona. Sólo que, como el estado civil de la persona interesa a la familia y a la sociedad además de a su titular, a veces, la acción de estado corresponde a una esfera de personas bien definida (arts. 248-249, 127, 267, 306, del Cód. civ., 556 cpp.). Por consiguiente, los acreedores no podrán interponer las acciones de estado civil o que afecten a dicho estado civil, como una impugnación de matrimonio (127), sino en el caso de estar incluidos en la esfera de interesados prevista por la ley (15).

Procediendo al examen de las relaciones jurídicas que pueden hacerse valer por el acreedor, invocando la acción subrogatoria, cabe preguntarse si el acreedor podrá sustituir al

(14 *a)* Cfr. SALVI, «El possesso di stato familiare», 1952.

(15) CICU, «L'obbligg. nel patrim. del debit», pp. 101-103.

deudor en el ejercicio de las facultades jurídicas, no individualizadas en derechos potestativos. El acreedor no podrá sustituir al deudor en las facultades jurídicas de administración y disposición del patrimonio de este último, ni podrá usar ni gozar (*uti et godere*) los bienes del deudor que descuide hacerlo. Se trata de facultades que no son independientes del derecho subjetivo del deudor, sino que por el contrario constituyen el contenido del mismo derecho —por ejemplo la propiedad—. En estos casos los acreedores, en virtud del control de gestión que tienen sobre el patrimonio del deudor (que constituye la garantía patrimonial a que se refiere el art. 2.740), podrán impugnar los actos de disposición lesivos para sus propios intereses, con los medios que la ley pone a su disposición (acción revocatoria, art. 2.901), o también dirigirse ejecutivamente contra dichos bienes, o también someterles a medidas provisorias cautelares como el secuestro conservativo, pudiendo siempre suplir la inercia del deudor con el ejercicio de la acción subrogatoria contra los deudores del mismo. Por el contrario, el acreedor no podrá sustituir al deudor en la aceptación de una oferta de contrato, ya que tal acto implicaría el ejercicio de una apreciación personal que pertenece al deudor, que no admite el ejercicio en vía subrogatoria; ni tampoco podría el acreedor sustituir al deudor en la aceptación de la oferta prevista en los artículos 1.329-30. Así igualmente, no podrá aceptar una oferta de donación, ya que no le pertenece a él, la oportuna apreciación sobre la conveniencia.

Tampoco puede invocarse a este respecto la aplicación por analogía del artículo 534 del Código civil, que regula la impugnación de la renuncia de herencia por los acreedores. Para darnos cuenta debidamente del problema es oportuno recordar que según el artículo 470 la herencia puede ser aceptada pura y simplemente o a beneficio de inventario. Debe rechazarse que, una vez deferida la herencia al deudor, los acreedores puedan hacerse autorizar para aceptarla en lugar del deudor (a la solución contraria se llegó en el Derecho común

francés, si bien partiendo de premisas diferentes) (16). La ley (art. 524) prevé en cambio el caso de que alguno renuncie, incluso cuando no exista fraude, a una herencia con daño de sus acreedores, y a estos concede el hacerse autorizar a aceptar la herencia en nombre y en lugar del renunciante, al único fin de hacerse satisfacer sobre los bienes hereditarios hasta la concurrencia de sus créditos. No es, pues, la no adquisición de la herencia por parte del llamado a ella a quien se le defiere, lo que justifica la impugnación de la renuncia por parte de sus acreedores, sino la pérdida de un derecho transmisible, el derecho de aceptar (art. 479); pérdida capaz de comprometer la conservación de la garantía patrimonial que se constituye a favor de los acreedores para caso de incumplimiento. Se trata de un caso en que no puede hablarse ni de pura y simple acción subrogatoria, ni menos de acción revocatoria, en la cual falta el principal presupuesto (fraude). Para calificarlo como caso de acción subrogatoria falta, en rigor, el presupuesto de la inercia que hace surgir el interés en la actuación por el acreedor, no pudiéndose identificar la renuncia con la inercia; ni la impugnación del acto confiere al acreedor la posibilidad de ejercitar medios conservativos o ejecutivos una vez revocada la renuncia. El acreedor deberá, en este caso, hacerse autorizar para aceptar. No puede ser caracterizada como revocatoria, aunque por algunos (16 a) se haya querido aproximarla más a ésta, porque no es requerido el *consilium fraudis* en el deudor a quien le es deferida la herencia, ni el ejercicio se agota en una rescisión parcial del acto de disposición contra el que se dirige.

Debemos darnos cuenta del fenómeno: un deudor a quien le ha sido deferida una herencia ha renunciado. Con la renuncia se extingue por consiguiente el derecho potestativo

(16) ZUCCONI, «L'origine storica dell'azione surrogatoria», en *Riv. dir. civ.*, 1910, p. 779, con referencia a BRILLON, «Dictionaires des arrêts», 1797; sub. v. «creancier», n. 26, y a BRODEAU.

(16 *a*) CICU, «L'obblig. n. patrim. d. debit.», pp. 61-63, 104. No convence la argumentación contraria de BARBERO, «Sist. istit.», 5.ª edic., 881-883.

de aceptar por parte del llamado (521), de donde como consecuencia normal surgirá un derecho de acrecer a favor de los otros llamados, o también una ulterior delación (devolución) (522-523). Los acreedores, sin embargo, que estiman dañosa la renuncia a sus propias expectativas de satisfacción, pueden promover la revocación del acto de disposición y, una vez que ha vuelto a cobrar vida la delación (que era reducida a mera virtualidad), hacerse autorizar por la autoridad judicial para aceptar en lugar del renunciante, para obtener la satisfacción de sus expectativas. Partiendo del efecto extintivo de la renuncia alguno ha intentado argumentar (17) que en este supuesto la ley confiere a los acreedores nada menos que un derecho propio, ya que con la renuncia se habría extinguido definitivamente el derecho de aceptar para la persona a quien la herencia fue deferida. Pero ésta es una construcción excesivamente formalista, que no toma en consideración el juego de los intereses. En realidad en este caso la ley, reconociendo el preeminente interés de los acreedores frente al interés de aquéllos a quienes ulteriormente se defiere la herencia, resuelve a favor de los primeros el conflicto de los intereses, haciendo revivir la primitiva delación en la misma medida que el perjuicio que la revocación atiende a eliminar, y confiriendo a los acreedores la posibilidad de recuperar los bienes de la herencia, merced a la autorización que se les confiere para aceptar. Los acreedores se subrogan, una vez revocada la renuncia, en la misma delación hereditaria, que había sido rigida al deudor llamado y renunciante y que ahora revive a su favor en la misma medida que la renuncia causa un perjuicio. La aceptación, pues, no tendrá efecto más que frente al deudor renunciante, pero también tendrá una eficacia relativa para aquellos: fenómeno de relatividad éste, que por otra parte es posible encontrar en otros supuestos en nuestro sistema (art. 363 sobre el recurso de casación

(17) Así, NICOLO, «Dell'az. surrog.», en *Comentario Scialoja e Branca*, VI, p. 47. El fenómeno es incomprensible no se admite una reviviscencia y su relatividad. Reviviscencia únicamente a los efectos patrimoniales; v. por ej. BARBERO, op. cit., 882 y ss.

del Ministerio Público, que no pertenece a las partes; artículo 332 en materia de impugnación de sentencia). Dejando a salvo la mencionada relatividad y limitación, es innegable que la aceptación se opera en vía subrogatoria.

Todo esto induce a pensar que la razón para excluir a las simples facultades de adquisición como objeto de la acción subrogatoria está en la inexistencia de un derecho que sea susceptible de ser transformado en objeto de garantía patrimonial. Por el contrario, puede ejercitarse frente a derechos potestativos que, aunque determinando la adquisición de un derecho todavía no existente en el patrimonio del deudor, se fundan, sin embargo, en una relación jurídica preexistente. Así los acreedores pueden ejercitar la acción de retracto convencional (1.500) o la acción de anulación (1.441) o la de rescisión (1.448). En cuanto a la acción de anulación, no puede estar legitimado para obrar cualquier tercero, sino la misma parte contratante, a favor de la cual la ley determina la anulabilidad. Esta puede ser invocada en caso de inercia del deudor por los acreedores. Como excepción a esta regla se menciona el caso de inercia del incapaz sometido a tutela; entonces aparece un tercero investido de un oficio de derecho privado (18) que, estando dotado de una verdadera discrecionalidad, prerrogativa del órgano de tutela, proveerá a hacer una apreciación sobre la línea de conducta más conveniente para los intereses del incapaz. Situación análoga a la de la anulabilidad se tiene en el caso de rescindibilidad del contrato concluido en estado de peligro en condiciones inicuas, y el de estado de necesidad, cuando la parte contraria se haya aprovechado ilícitamente del mismo con lesión de más de la mitad. La acción corresponde al deudor, pero si éste se descuida en su ejercicio, los acreedores podrán sustituirle y ejercitar en vía subrogatoria el remedio de la rescisión.

Antes de entrar en el examen de los derechos potestativos, que tienen carácter personal, se pone de manifiesto que es

(18) V. Nuestra «Teor. gen. neg. giur.», p. 585 y ss.

ciertamente erróneo, como formulación de un criterio general, la afirmación (19) de que la "legitimación del acreedor en cuanto al ejercicio de los derechos potestativos (excluida la facultad de disposición) y para la realización de los oportunos actos de conservación, coincide por su contenido con la del titular". Doctrina ésta, que prescinde de toda investigación en torno a la situación típica de los intereses, y que lleva a quien la sostiene (20) a afirmar que la acción de simulación que corresponde a los acreedores, según el artículo 1.416, "podría muy bien desde el punto de vista conceptual, considerarse como un supuesto de acción subrogatoria" (21). Si, no obstante, lo dicho se reconoce y con extraña incoherencia, se reconoce (21 a) que "no es un dato conceptual o una nota objetiva del derecho a lo que podemos referirnos, sino a una valoración del interés protegido que pertenece al deudor", se observará que quien tenga presente la situación de los intereses debe llegar a conclusiones bien diferentes. Frente al interés del acreedor en conservar en su integridad la garantía patrimonial (art. 2.740) está el interés confluyente del deudor en llevar una gestión libre de su patrimonio según apreciaciones, que en el curso normal de la vida social, son de su exclusiva competencia. Según este criterio debe apreciarse la posibilidad de ejercitar en vía subrogatoria los derechos potestativos de carácter personal. Es opinión común que entre las "acciones" que provienen de relaciones jurídicas hay algunas que no pueden ejercitarse por los acreedores. Pero el criterio común del "carácter personal" de la acción es por sí demasiado genérico e insuficiente, si no se identifica la razón por la que resulta inherente a la persona. Carácter personal tiene por ejemplo la revocación de donaciones por ingratitud (801). La ley (802) dispone que la demanda de revocación debe ser

(19) NICOLO, «Dell'az. surrog», en *Commentario Scialoja e Branca*, libro VI, 44.

(20) NICOLO, ídem., p. 55 y ss.

(21) Sostenido por CARNELUTTI, «Diritto e processo», en *St. Chiovenda*, página 298.

(21 *a*) NICOLO, op. cit., pp. 99 y 137.

interpuesta por el donante o sus herederos; quedan por lo tanto excluidos los acreedores del donante. El juicio sobre la oportunidad de interponer tal demanda se abandona exclusivamente a la sensibilidad del donante o de sus herederos; tampoco puede decirse que de la transmisibilidad de la acción a los herederos pueda obtenerse ningún argumento positivo en favor de su ejercicio en vía subrogatoria por parte de los acreedores. Por la misma razón se excluye el ejercicio en vía subrogatoria de las acciones fundadas en la violación de un derecho no patrimonial, dirigidas a conseguir una reparación pecuniaria (art. 2.059; 185 del Cód. penal). La razón que induce a excluirla debe encontrarse en que el bien jurídico protegido tiene un carácter estrictamente personal (libertad, nombre, honor, reputación moral e intelectual: Cfr. artículos 2.577, y 2.582) y no entra dentro de los bienes que constituyen la garantía patrimonial del acreedor (22). Otras veces, por el contrario, la exclusión de la acción subrogatoria depende del hecho de que la valoración sobre la conveniencia de interponer una acción está sustraída al titular de un interés y reservada a un órgano. Así debe considerarse excluido el ejercicio en vía subrogatoria de las acciones de anulación de actos realizados por el incapaz sometido a tutela. Porque el juicio sobre la oportunidad de hacer anular, o no, el acto está reservado a la apreciación del órgano de tutela (oficio de Derecho privado) que está dotado de una discrecionalidad verdadera y propia sobre la correlación entre la conducta observada por el incapaz y su interés, que dicho organismo tiene el deber de promover (23).

---

(22) Instructiva por los criterios que desarrolla es aún hoy la discusión sobre la patrimonialidad de la acción que se hace en D. 35, 2, 32, pr., a propósito del cálculo de la Cuarta Falcidia.

(23) Cfr. sobre esta discrecionalidad en el campo del Derecho privado CANDIAN, «Nozioni istit. dir. civ.», pp. 49-56, 212-215; CICU, «Obblig. nel patrim. del deb.», 105 sostiene acertadamente que la subrogatoria en el caso de acción de impugnación de un negocio jurídico concluido por un incapaz sometido a tutela, se pueda invocar solamente cuando, cesado el estado de incapacidad, la acción no se pueda ejercitar ya por los órganos de la tutela.

Con terminología falta de técnica que es la fuente de importantes equívo-

e) Petitum.

La naturaleza de la resolución judicial que se pide en la accesión subrogatoria ya ha sido aclarada. Queda por ver a quién afectan las resultas, favorables o no, de su ejercicio.

El artículo 2.900 dispone que el acreedor, siempre que actúe judicialmente debe citar al deudor, en cuya posición intenta subrogarse. Vienen a ser partes, así, en la causa, el acreedor el deudor, en cuya posición se subroga el acreedor para el ejercicio de sus derechos, y el tercero. Cabe que nos preguntemos a quién favorece la acción subrogatoria ejercitada con resultado favorable. Debe responderse que cualquiera que sea el *petitum* —declaración, condena, pronunciamiento judicial constitutivo, declaración como medida previa para una ejecución o para la adopción de medidas cautelares—, de la decisión del juez se aprovechan todos los acreedores, no sólo el acreedor que intervino en el proceso (como en la acción revocatoria) (24). Todo ello encuentra su justificación en la naturaleza misma de la acción subrogatoria, como acción instrumental preparatoria que se despliega mediante el artificio de la sustitución procesal y acompaña, precede o sigue al ejercicio de un medio ejecutivo o cautelar. El que el deudor pueda verse perjudicado por el ejercicio que de su acción realice el acreedor, es algo que depende de los criterios que presidan al ámbito subjetivo de la cosa juzgada, que se haya conformado a la vista de un sustituto procesal, además de la posibilidad que siempre tiene abierta el deudor de tomar parte en la mejor defensa de su derecho, que se le ofrece siempre con la llamada en juicio (25).

---

cos, NICOLO, «Dell'az. surr.», p. 33, califica de «discrecional» la apreciación de la conveniencia que corresponde al interesado. Pero aquí la situación es radicalmente diferente, porque no se trata de apreciar si una línea de conducta responde a ciertos fines que se tienen al perseguir el interés ajeno.

(24) En el mismo sentido, Cass. 8 agosto 1952, nr. 2.630.

(25) Cfr. Cass. 14 abril 1947, nr. 547 (ined..); CANGINI, «L'azione surrogatoria in relazione alla cosa giudicatta», en *Riv. dir civ.*, 1921, 255, sin embargo con un fundamento equivocado (ivi 261-69); ZUCCONI (ivi), 1911, 161.

§ XV

LA ACCION REVOCATORIA

Precedentes históricos. Construcción y esquemas dogmáticos. A) Hecho constitutivo de la acción revocatoria: elementos subjetivo y objetivo del ilícito por parte del deudor que dispone y del tercero cómplice: artículo 2.740 y el poder de disposición. Análisis del elemento subjetivo del ilícito imputable al deudor o referido a un tercero: «consilium fraudis» y «consciencia fraudis». Crítica de ciertos puntos de vista erróneos. Análisis del elemento objetivo del ilícito: «eventus damni». B) «Petitum»: rescisión en la medida del perjuicio. C) Legitimación pasiva en la acción revocatoria, en particular la posición del subadquirente.

Después de haber analizado la acción subrogatoria bajo los cinco perfiles procesales del interés de obrar, de la legitimación, de la posición procesal que asume el acreedor que la invoca, de la *causa petendi* y del *petitum,* debemos iniciar el examen de la acción revocatoria regulada en el Código civil en los artículos 2.901-2.904. El artículo 2.901 del Código civil [40] dispone que el acreedor, aunque sea titular de un crédito sujeto a condición o a término, puede pedir que sean declarados ineficaces frente a él los actos de disposición del patrimonio con los cuales el deudor cause perjuicios ciertos. Para ello deben concurrir varias condiciones, de las que mencionaremos: en particular, que el deudor tuviera conocimiento del perjuicio que con el acto acarreaba a los acreedores. Pero antes de intentar la construcción dogmática

[40] En el Cc. alcanza su formulación general en el art. 1.111, antes citado.

de la acción revocatoria, creemos oportuno examinar la forma en que se ha producido la evolución histórica de dicha acción desde su formulación en el Derecho romano, a través de una serie de vicisitudes y de transformaciones.

En el Derecho romano clásico, como ha puesto de relieve SOLAZZI (1) existían tres medios a disposición de los acreedores. Había en primer lugar: *a)* una acción pauliana *poenalis* con previo *arbitratus de restituendo* (D. 22, 1, 38, 4), que nacía del ilícito constituido por el *fraus creditorum:* ilícito pretorio, que daba lugar a una acción para obtener una reparación pecuniaria. El deudor vencido podía liberarse restituyendo cuanto se le exigía en el *arbitratus:* la naturaleza penal de la *actio,* de origen pretorio no representaba un obstáculo a la posibilidad de la restitución (2). También se deba; *b)* un *interdictum fraudatorium* (D. 42, 8, 10, pr.) que era un medio recuperatorio del bien salido del patrimonio, basado sobre una resolución del magistrado (administrativa en sentido amplio). Había por fin: *c)* una *in integrum restitutio,* resolución rescisoria que era emitida por el magistrado con *iuris dictio;* resolución que eliminaba el acto de disposición, al menos en el campo del Derecho pretorio, y en el presupuesto de una *missio in bona* (que se actúa solamente por la *conditio creditorum,* D, 42, 8, 6, 7; 10, 16) correspondía al *curator bonorum,* o según otra opinión, a la misma colectividad de los acreedores. Pronunciaba la *restitutio in integrum* a los acreedores un *iudicium rescissorium,* fundado sobre dicha resolución. Con ello se hacía valer, al menos en el Derecho pretorio, el mismo derecho subjetivo que, repristinado, se ponía bajo la titularidad del deudor.

En el Derecho justinianeo estos tres medios se encuentran violentamente confundidos, pero no sin que en los textos dejen de advertirse trazas de las primitivas diferencias entre los

(1) «Revoca degli atti fraudolenti», 2.ª ed. 1934.

(2) Nuestro «Dir. romano: parte generale» (1935), 65, p. 235; 91, p. 527; 92, p. 546; en oposición a BIONDI, «Studi sulle actiones arbitrariae», p. 35 y ss.

mencionados remedios: los compiladores justinianeos han tratado de eliminar en la medida de lo posible el carácter *poenalis* de la actio, manteniendo como presupuesto el ilícito (el fraude —*fraus*— entendido como conciencia y voluntad de parte del deudor para disminuir con el acto de disposición la garantía que sus bienes ofrecen a los acreedores) y de dar a este medio la función de recuperación respecto de los bienes fraudulentamente enajenados. De esta violencia en la fusión debieron resultar una serie de discrepancias, que han dado lugar a controversias entre los intérpretes del Derecho común, incluso por el carácter de rescisión y de repristinación que se dió a la acción pauliana; la cual para el Derecho clásico era una pura y simple *actio poenalis,* que admitía, efectivamente, la posibilidad de una *restitutio* por la vía del *arbitratus,* pero que de ordinario no revestía una finalidad restitutoria, sino de reparación. Este fenómeno es por lo demás paralelo, como se ha hecho notar por los romanistas a la función invalidatoria que tienen las demás acciones penales del Derecho clásico, acciones penales pretorias, como la acción de dolo, o la *actio quod metus causa*: acciones que para el Derecho romano clásico se dirigían pura y simplemente a una reparación pecuniaria la posibilidad de una *restitutio,* al menos respecto de la *actio quod metus causa,* y que sobre el terreno del Derecho común, llevan a ser acciones de anulación del mismo negocio, viciado de dolo o de violencia. El dolo y la violencia, en el Derecho clásico encuentran su sanción en cuanto ilícitos que influyen sobre la determinación causal, en el Derecho común encuentran su sanción como vicios de la determinación causal del querer, que corrompen desde dentro el mismo negocio jurídico (3).

Hasta hoy día han llegado las derivaciones históricas de esta evolución, que pueden encontrarse en la actual regulación de la acción revocatoria. Residuo evidente es, en primer lugar el *fraus creditorum,* este particular ilícito que consiste

(3) CICU, «L'obblig. nel patrim. del deb.», 2.ª ed., 1948, pp. 29-30.

en sustraer consciente y voluntariamente a los acreedores su garantía patrimonial; otro texto evidente se manifiesta en el elemento objetivo, en el *petitum*, que es una revocación o rescisión del acto de disposición realizado por el deudor en la idea de sustraer a los acreedores la garantía patrimonial: rescisión y revocación, que se opera en la medida en que el acto disminuye la garantía patrimonial que les corresponde según el artículo 2.470 del Código civil a los acreedores que la interponen. No se trataba ya de una declaración de nulidad, ni siquiera de nulidad relativa, y mucho menos una declaración de nulidad total, a lo que tiende la actual acción revocatoria (2.901). Podemos recordar aquí que la tesis de la nulidad tuvo el honor de ser exhaustivamente refutada por la obra de un auténtico jurista como NICOLA COVIELLO (4), el cual demostró que la acción revocatoria no es apta para destruir la validez de un título de adquisición que haya sido inscrito por un subadquirente, el cual hubiera conocido la existencia de una adquisición anterior no inscrita. COVIELLO demostraba que la acción revocatoria no podía servir nunca para hacer recuperar un derecho de propiedad perdido por efecto de una segunda adquisición que hubiera sido inscrita; el primer adquirente podrá obtener un resarcimiento del daño injusto que sufra por el comportamiento incorrecto, ya del enajenante, que dispone por segunda vez, ya del segundo adquirente que conoce la adquisición precedente; pero de ordinario este conocimiento no es equivalente como defecto a la misma falta de inscripción. Pero sin embargo la tesis de la nulidad no fue abandonada; así si observamos la doctrina sobre la cuestión, vemos que GIOVANNI PACCHIONI (5) vuelve a sostenerla, razonando con base en la revocación que se produce en materia de quiebra; la cual puede prestarse a ser explicada

(4) «Della trascrizione», I, n 176, pp. 413 y ss., 419-20.

(5) «Lezioni dir. civ.», 1925-26, pp. 93-97; «Delle obbligazioni in generale», 2.ª edic. (1934), cap. II, nn. 31-34; pp. 111-116; Cfr. también AULETTA, «Revoc. civ e fallimentare», 1939, el cual (p. 111), considerando la acción revocatoria como una acción declarativa la aproxima en algunas aspectos a la acción de simulación ejercitada por los acreedores.

con la idea de nulidad relativa, pero que en todo caso no tiene relaciones con la acción revocatoria ordinaria. CICU sólo en apariencia se adhiere a la tesis de la nulidad (6) cuando habla de nulidad relativa; pero él mismo precisa que se trata únicamente de rescisión, y utilizando una terminología vacilante, se manifiesta poco firme en cuanto a la caracterización de la acción revocatoria. En realidad el negocio de disposición contra el que se dirige la acción revocatoria, es un negocio válido, en cuanto contiene la totalidad de sus elementos constitutivos y de sus presupuestos de validez; únicamente es un negocio injustamente lesivo de los intereses de ciertos terceros; interés que el ordenamiento jurídico tutela precisamente con la acción revocatoria. Por lo demás, abstractamente considerada la cuestión, es posible imaginar un tratamiento jurídico diverso; y vemos que la ley en materia de quiebras propende a un tratamiento de una nulidad relativa de los actos de disposición, sobre bienes que han devenido indisponibles con la declaración de quiebra (6 a). En todo caso debemos ahora tratar de darnos cuenta: A) del hecho constitutivo de la acción revocatoria, y por lo tanto de aquella que —según la teoría en uso durante el Derecho común— se podría llamar *causa petendi* de esta acción, además B) del objetivo de la acción revocatoria, de aquello que se podría llamar el *petitum*, y por fin, C) de la legitimación pasiva.

2. A) La llamada *causa petendi* de la acción revocatoria. Hecho constitutivo de la acción revocatoria es aún hoy, como en el Derecho romano, un hecho ilícito, que es el *fraus creditorum*. Ahora este hecho ilícito debe ser examinado, como cualquier ilícito (6*b*) en sus perfiles o elementos constitutivos: elemento subjetivo y elemento objetivo.

---

(6) «Obbligaz. nel patrim. del deb.», p. 31.

(6 *a*) V. nuestra «Teoria gen. negoz. giur.», p. 484; cfr. 497.

(6 *b*) Confróntese cuanto se ha dicho sobre el dolo contractual y extracontractual en la sección I de esta «Teor. gen. d. obblig.», pp. 110 y ss., 133 y siguiente.

a) En cuanto al elemento subjetivo, debe señalarse que el fraude en perjuicio del acreedor, contra el que se dirige la acción revocatoria, tal fraude, consiste en la volición consciente, en la previsión del perjuicio que el acto de disposición supone para la garantía patrimonial. El artículo 2.901 exige efectivamente que el deudor conociese el perjuicio que el acto suponía a la posición del acreedor; y tratándose de un acto anterior al nacimiento del crédito exige que dicho acto fuese preordenado dolosamente al fin de perjudicar la satisfacción del acreedor. Como ya había resuelto la jurisprudencia anterior, no se precisa una maliciosa y consciente voluntad de perjudicar: basta el conocimiento del alcance del acto en cuanto pueda suponer un perjuicio a la garantía patrimonial, que según dispone el artículo 2.740 corresponde a los acreedores sobre el patrimonio del deudor. Se requiere además por parte del adquirente a título oneroso un conocimiento del fraude, una *conscientia fraudis* que el artículo 2.901 del Código civil caracteriza del modo siguiente: "Tratándose de acto a título oneroso —dice— que el tercero fuese consciente del perjuicio, y en el caso de acto anterior al nacimiento del crédito fuese partícipe de la dolosa preocupación." Hemos dicho que del lado subjetivo el ilícito del deudor consiste en el *consilium fraudis;* debemos intentar ahora de configurar bajo el perfil subjetivo un acto ilícito que es cometido por un tercer adquirente: por una persona que es extraña a la relación de obligación. Para darnos cuenta del elemento subjetivo de este injusto se precisa considerar que, por lo que se refiere a los terceros, éstos, en general, no están obligados a cooperar con el acreedor: no están obligados a cumplir sus expectativas, y ni siquiera están normalmente en situación de defraudarlas (7). Ningún otro, excepto el deudor, está obligado a aportar al acreedor la propia colaboración para satisfacer su expectativa, tanto cuando ésta se dirija a una conducta, como

(7) Como tuvimos ocasión de señalar en una nota nuestra sobre «Limiti giuridici della responsabilita aquiliana», en *Giur comp. cass,* 30, 1951, p. 781, página 781; cfr. esta «Teoria gen. obblig», I, p. 139 y ss.

cuando se dirija a un resultado. Bajo este aspecto puede decirse que la relación de obligación será separada de la esfera jurídica de los terceros por un diafragma de intrascendencia, en el sentido de que los terceros no están obligados, en su virtud, a colaborar con el acreedor para cumplir sus expectativas. Lo que sin embargo no excluye que la pertenencia de tal expectativa a la esfera de intereses del acreedor pueda asumir relevancia jurídica frente al comportamiento doloso de los terceros, conscientemente dirigido a impedir su cumplimiento (8).

Ahora, mientras que el tercero se hace cómplice de una iniciativa conscientemente lesiva de la garantía patrimonial de los acreedores, se puede decir que este comportamiento suyo, violando un elemental deber de corrección y estableciendo un nexo de causalidad psicológica objetivamente controlable, penetra y desgarra, por así decir, el mencionado diafragma de irrelevancia, para herir un elemento patrimonial que pertenece a la esfera de los acreedores. En todo cuanto llevamos dicho suponemos, como noción de dominio común, que entre los miembros de una sociedad civil existe, prescindiendo de las relaciones de obligación propiamente dichas, un deber de corrección, de respeto de las esferas ajenas de intereses: deber, que, cuando se presentan ciertas situaciones de hecho, se concreta en una específica obligación de respeto de los intereses ajenos. Pues bien, es precisamente esta obligación, la que el tercero, cómplice del deudor fraudulento, viene a violar, en cuanto se presta a una enajenación fraudulenta en perjuicio de los acreedores.

b) Después de estas premisas sobre el elemento subjetivo del ilícito, que constituye el hecho que da lugar a la acción revocatoria, pasamos a considerar el elemento objetivo del mismo ilícito. El elemento objetivo se puede caracterizar di-

(8) Nuestra «Teoria gen. neg. giur.», 267; HUGUENEY, «Responsabilité civile du tiers complice», 1910; NOVARA, «Responsabilitá di terzo complice nell'inadempim», en *Temi*, 1951, 5, 32; FEDELE, «Il problema della responsabilitá del terzo per preguidizio del credito», 1954, pp. 259 y ss.; 284 y ss.

ciendo que para la revocatoria se requiere un *eventus damni* y que se requiere que el daño sea susceptible de ser calificado como injusto, *iniuria*. El *eventus damni* consiste frecuentemente en la disminución de la garantía patrimonial que deriva del acto de disposición. Pero ¿qué debe entenderse por *iniuria?*, ¿dónde podremos identificarla? Ahora bien en torno a este elemento objetivo no económico (daño), sino jurídico (injuria) se han desarrollado numerosas fantasías de los juristas. Se ha imaginado una pretendida obligación, e incluso se ha hablado directamente de una obligación que incumbiría al deudor de no suprimir o disminuir la garantía patrimonial: obligación cuyo incumplimiento justificaría el ejercicio de una acción subrogatoria o revocatoria, según fuese la situación que de hecho se diese (9). Algún otro, por el contrario (10), ha excluido abiertamente que la *iniuria* pueda referirse a una obligación, entendiendo con este término "obligación" simples deberes de conducta, y ha invocado relaciones jurídicas relativas, que no serían obligaciones: categoría en la que también se comprendería la relación de garantía establecida por el artículo 2.740 del Código civil. Con ello se piensa que la calificación de obligación se debería restringir a las meras obligaciones de resultado, excluyendo a los meros deberes de conducta. Estas opiniones, sin embargo, no nos parecen aptas para responder del fenómeno en cuestión y nos dejan insatisfechos. La primera (de CICU) peca de diplopia, el autor ve doble: ve una relación de obligación y junto a esta obligación, que es la garantizada, otra obligación de respetar la garantía patrimonial, sin tener en consideración que el respeto de la garantía patrimonial es algo estrictamente accesorio frente a la misma relación de obligación. La segunda (COSATTINI), de otra parte, incurre también en error al excluir del campo de las obligaciones los deberes de conducta. Cierta-

(9) Así, CICU, «Obblig. n. patr. d. deb.», p. 35; COBIANCHI, en *Riv. dir. comm.*, 1931, II, 726-734 CICU, ivi 1934, II, 125 y ss.

(10) Nos referimos a COSATTINI, «La revoca degli atti fraudolenti» (2.ª ed. 1950, cur. por CARRARO), pp. 76-79.

mente hay deberes de conducta que no pueden ser configurados como obligaciones en el sentido técnico de esta palabra, pero es obvio con toda evidencia que junto a las obligaciones de resultado, dirigidas a dar existencia a un *opus* útil al acreedor, hay obligaciones de constricción que atienden precisamente a la conducta del deudor (10 a). Y ciertamente es absurdo excluir las obligaciones de constricción de la categoría general de las relaciones obligacionales. Quien así razona peca, evidentemente, de atomismo en cuanto solamente ve aquello que en el momento del examen, de la indagación le interesa. En realidad cabe preguntarse ¿qué cosa es tal relación de garantía que viene invocado como una relación que existiría junto a la obligación? En realidad es la misma relación de obligación la cual no se agota en el deber de realizar la prestación, sino que requiere junto al deber de cumplir la prestación, que es correlativo al crédito, una responsabilidad: la responsabilidad de que habla el artículo 2.740 del Código civil (10 *b*). Este elemento —la garantía patrimonial— es constitutivo de la propia relación obligacional.

Con lo dicho anteriormente exponemos nuestra desaprobación respecto de la concepción procesalística sostenida por un insigne jurista, CARNELUTTI (11); el cual parece perder de vista incluso en este punto el Derecho sustancial privado y atender únicamente al aspecto publicístico; considera a la sanción como algo que no forma parte del Derecho privado, sino como algo que pertenece al Derecho público. Con ello, en nuestra opinión, se equivoca en dos cosas: se confunde la sanción, si se la considera como expectativa de una satisfacción

(10 *a*) Ver supra, I, 3; p. 40 y ss.

(10 *b*) Ver supra II, 3; n. 16; p. 60 y ss.

(11) «Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni», en *Studi Chiovenda*, 1927, pp. 225-341, espec. 29 y ss., 310 y ss. En este sentido v. ANDREOLI, «L'azione revocatoria», 1935. Para su crítica CORRADO, en *Riv. dir. comm.*, 1947, páginas 107-132, espec. 118-122: cuya tesis de la «eficacia compleja de la mutación revocatoria» nos parece una construcción poco feliz e insuficientemente ponderada.

por parte del acreedor y correlativa responsabilidad por parte del deudor, con el poder o facultad procesal de actuar la sanción. Sabemos perfectamente que la acción de ejecución no debe ser confundida con la garantía, esto es con la responsabilidad que es inherente a la misma relación de obligación; pero una cosa es esta garantía y responsabilidad en sí misma considerada, y otra cosa es el poder de promover su actuación en el orden procesal. Pues bien la teoría procesalística suprime el aspecto privado de la obligación, para tener presente sólo el poder de promover la actuación de la sanción. Para nosotros es de plena evidencia que el poder de promover la actuación de la sanción tiene en sí mismo un carácter meramente procesal; pero ello supone, como elemento que debe ser actuado, como razón que deba invocarse y ser realizada, una sanción la cual no puede ser establecida si no es por el mismo Derecho sustancial es decir por el Derecho privado. Creemos suficientemente fundado este punto fundamental, del que, por lo demás, hemos tratado ya ampliamente (11 a). Consiste como vemos en estimar la estructura de la obligación como una resultante de *a)*, de un deber de cumplir una prestación, el cual es correlativo de un derecho de crédito, una expectativa de prestación, y conjuntamente *b)* de una responsabilidad, la cual es correlativa a una expectativa de satisfacción para el caso de que el deber no sea espontáneamente cumplido. No volveremos ahora a cuanto en su tiempo tenemos ya dicho, pero creemos que este modo de ver responde plenamente también al sistema de la ley, como se deduce del artículo 2.740 del Código civil, que determina, como un derecho que corresponde a los acreedores como tales, la garantía patrimonial, diciendo que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos los bienes presentes y futuros. Está claro que se trata de una garantía que se constituye previamente y no por razón del incumplimiento y que se diferencia abiertamente en aquella otra responsabilidad que deriva de los

(11 *a)*. V. este «Teor. gen. de las oblig.», II, 3, n. 16, en particular p. 60 y siguientes.

presupuestos del artículo 1.218. Esta responsabilidad que del lado activo aparece como garantía está preconstituida tanto para el cumplimiento como para el incumplimiento: y es precisamente el interés que con ella se protege el que el deudor fraudulento lesiona realizando un acto de disposición en perjuicio de las expectativas de sus acreedores.

Tratatemos de precisar, después de esto, que es el elemento objetivo del ilícito revocatorio, y que sea el elemento subjetivo, porque estos dos elementos que los juristas solemos distinguir para conseguir una precisión conceptual, no son separables el uno del otro en el sentido de que subsistan in natura separados e independientes, y se intente recogerlos uno de un lado y otro del otro; no, son perfiles bajo los cuales los juristas por abstracción observamos aquello que es un acto, un comportamiento único. Ahora bien, ¿en qué consiste el ilícito del deudor contra el que se dirige la acción subrogatoria? Viene dado por el hecho de que esta posición que hemos puesto ya de relieve, y que se puede caracterizar como relación de garantía —relación, sin embargo, inherente a la misma obligación y no algo distinto de la obligación— pueda ser violada únicamente por quien está obligado a satisfacer la espectativa del acreedor y tiene el poder de disponer de los bienes sobre los que recae la expectativa de satisfacción del mismo acreedor. En el fondo viene este criterio deducido —diría MÜLLER-ERZBACH (12)— de la *Machtlage,* de la situación de poder, lo que evidencia la razón de responsabilidad que contrae el deudor fraudulento, dado que abusa de su poder de disposición realizando un acto que está en contradicción con el interés jurídicamente protegido del acreedor a la integridad de la garantía patrimonial. La relación de garantía, repetimos, puede ser violada únicamente por quien está obligado a satisfacer la expectativa de prestación crediticia y tiene al mismo tiempo el poder de disponer de bienes sobre los que recae la expectativa del acreedor como expectativa de

(12) «Rechtwissenchaft im Umbau», pp. 48-63.

satisfacción. Sólo a través del deudor puede ponerse en discusión si hubo acto ilícito por parte de un tercero; el tercero, que haciéndose cómplice fraudulento hace posible su acto de disposición que sabe lesivo para la garantía patrimonial, viola por su parte una obligación de respeto de los intereses ajenos que es concreto y específico: es una especie de aquel genérico deber de corrección que frente a los demás incumbe a todos los miembros del cuerpo social. Por ello el tercero, que a proposición del deudor fraudulento, se presta a realizar una adquisición que sabe lesiva de la garantía patrimonial, comete un ilícito doloso, que debe ser considerado en realidad como violación de aquel deber de respeto que en este caso se deriva como una de sus especies de aquel genérico deber de corrección. Así pues podremos decir que, por parte del deudor fraudulento el ilícito debe reconducirse a su obligación y en este sentido tienen carácter "contractual" (13).

Cualquiera que sea la impresión que se obtenga de esta expresión equívoca resulta indiscutible lo siguiente: que el ilícito que comete el deudor llevando a cabo un acto de disposición en fraude de las expectativas de los acreedores, es ilícito contractual, en el sentido de que se encuadra en una preexistente relación de obligación, lo que resulta perfectamente congruente con cuanto llevamos dicho sobre la inherencia de la relación de garantía a la misma relación obligacional. Por el contrario para el tercero que se presta a la enajenación fraudulenta el ilícito tiene naturalmente carácter extracontractual. Es una especie de aquel genérico deber de conservación y de respeto que le incumbe frente a las esferas de los intereses de los demás miembros del cuerpo social. Especificación que nace del hecho de que, por efecto de la oferta contractual que le viene del deudor fraudulento, el tercero se

(13) Cfr. secc. I, p. 108 y ss. de esta «Teoría». Es una expresión equívoca esta de «carácter contractual»; se suele hablar, en efecto, de responsabilidad contractual para designar la responsabilidad que se encuadra en una relación jurídica preexistente, aunque la obligación misma derive de una fuente diferente del contrato.

encuentra en esta situación de contrato social: poder concurrir con él a violar la garantía patrimonial y así defraudar la expectativa del acreedor. Normalmente no se encuentra en esta situación, pero si se presta a ser cómplice del fraudulento deudor, está claro que lesiona, en combinación con él, la garantía patrimonial que corresponde a los acreedores y precisamente por ello se convierte en persona pasivamente legitimada para el ejercicio de la acción revocatoria. Creemos que estas consideraciones son suficientes para arrojar un poco de luz sobre la calificación jurídica del ilícito revocatorio y para explicar la disciplina legislativa de la acción revocatoria.

Volvemos después de estas aclaraciones, a la exégesis del artículo 2.901 [41]. El artículo dice que el acreedor, incluso si el crédito está sujeto a condición o a término, puede pedir que sean declarados ineficaces frente a él los actos de disposición del patrimonio con los que el deudor haya venido a lesionar sus créditos. Ha sido acertada está precisión que contiene el nuevo Código y que el viejo, en el artículo 1.235 no contenía: la calificación del acto como "acto de disposición". La expresión debe entenderse en el sentido técnico que ha venido siendo elaborado por la dogmática jurídica reciente (14), como un acto que no comprende sólo enajenaciones que hagan salir algún bien del patrimonio, sino también otros actos que empeoran la situación de quien los realiza, en cuanto, por ejemplo, someten a un vínculo bienes que antes estaban libres. Así el consentir una hipoteca no es ciertamente una enajenación, pero en cambio es un acto de disposición que puede ser afectado y está comprendido por el artículo 2.901. Por lo demás se entiende sin necesidad de una mayor aclaración el contenido del resto del artículo: que el deudor debe conocer el perjuicio que el acto produce en los créditos del

(14) SOHM, «Der Gegenstand», 1905, pp. 32-35 y ss., nuestra «Teoria gen. neg. jurid.», 35, p. 299. Véase nota 3

[41] Además del mencionado artículo 1.111, de valor general, se encuentra regulado en los artículos 1.292, 1.294, 1.295, 1.297, 1.298 y 1.299.

acreedor; en realidad éste es el elemento subjetivo del ilícito revocatorio. Debe advertirse que el nuevo Código, separándose en esto del antiguo, bajo cuya vigencia el caso era controvertido, comprende en las hipótesis de hecho que dan lugar a la revocatoria también el acto de disposición dolosamente dirigido al fin de perjudicar la satisfacción de un crédito que está a punto de ser contraído, que no existe previamente respecto del acto de disposición, sino que está a punto de nacer; en vista del cual, sin embargo, el deudor se despoja preventivamente de una parte de la garantía patrimonial. Y correlativamente se requiere también por parte del adquirente a título oneroso, ya una *conscientia fraudis,* conocimiento del perjuicio que supone respecto de un crédito preexistente al acto de disposición, y un estar en conocimiento de la dolosa preordenación, y participar en ella, en vista de un crédito que está a punto de ser constituido.

Añade después el mismo artículo 2.901 que, a los efectos de esta norma, las prestaciones de garantía, incluso para débitos ajenos, son consideradas actos a título oneroso cuando van unidos al crédito garantizado. Con esta norma la ley resuelve una vieja controversia que se agitaba en el tiempo del viejo Código en la jurisprudencia de entonces. El problema era, si recaían bajo la revocatoria también las prestaciones de garantía que no fueran contemporáneas, sino posteriores al crédito garantizado; y la nueva ley resuelve la cuestión en el sentido de comprender entre los actos a título oneroso también estas prestaciones de garantía. Por el contrario no está sometido a la acción revocatoria el cumplimiento de un débito vencido, porque tal cumplimiento es, de todos modos, un acto debido y, no habiéndose impuesto todavía (como en derecho romano con la *missio in bona)* una *par condicio creditorum,* nada impide al deudor dar preferencia a uno de sus acreedores que invoque frente a él, un débito ya vencido. Añade, en el último párrafo, el artículo 2.901 que la ineficiacia del acto no prejuzga los derechos adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe, salvo los efectos de la demanda de revocación. Y esto nos conduce a lo que es el *petitum* en la de-

manda de revocación, que es tanto como decir precisar la naturaleza jurídica de la acción revocatoria con vistas a su tratamiento procesal.

B) *Petitum* de la acción revocatoria.

¿Qué es lo que pide el acreedor que ejercita la acción revocatoria? Hemos excluido que pida la declaración de nulidad del acto de disposición, el acto de disposición no es nulo, porque es perfecto en sus elementos constitutivos y en sus presupuestos de validez. Si fuera nulo, entonces no sería la revocatoria la acción que el acreedor debería ejercitar, sino otra acción. Hemos tenido ocasión (§ XII, sub B) de apuntar a la simulación que el deudor haya buscado, con tercero como cómplice, para sustraer a los acreedores la garantía patrimonial. En tal caso a los acreedores corresponde no la acción revocatoria, sino una acción declaratoria de la simulación (artículo 1.416), es decir declarativa de la nulidad del negocio simulado, porque entonces el negocio realizado en perjuicio de los acreedores es ya por sí mismo nulo, viciado de una deficiencia en elemento causal (ya que creemos que debe construirse así el vicio que se comprende bajo el nombre de simulación) (15). No se trata siquiera de una acción de anulabilidad, y menos aún de nulidad total como sostiene PACCHIONI (nota 5). Es más bien una acción que pudiéramos llamar, en sentido amplio, de rescisión, porque tiende a rescindir, a paralizar los efectos del acto de disposición llevados a cabo, aunque sea válido entre las partes, en la medida en que este acto perjudica la garantía patrimonial que corresponde a los acreedores que la ejercitan. Lo que significa que el acreedor que la actúa consigue, a través de la declaración del carácter fraudulento del acto de disposición, una reintegración en su favor de la garantía patrimonial: reintegración que no hace entrar los bienes en el patrimonio del deudor en el mismo sentido que se produce con el ejercicio de la subrogatoria, sino que sólo idealmente les hace entrar a este único fin: satis-

(15) Cfr. nuestra «Teor. gen. negoz. giur.», 50, p. 403 y ss.

facerse sobre el mismo bien que había sido enajenado. Lo que prácticamente supone esto: que el acto de enajenación, realizado no es "quitado de en medio" en su integridad, sino únicamente es declarado ineficaz en la medida en que perjudica al acreedor que ejercita la acción. Por ello, si el tercero adquirente, consciente del fraude, ofrece al acreedor el resarcimiento del daño sufrido por efecto de la enajenación fraudulenta llevada a cabo, el acreedor debe aceptar la oferta, porque el resarcimiento del daño consiguiente a la enajenación fraudulenta nace carente de objeto, pues elimina el interés en el acreedor para actuar en vía revocatoria Lo que no significa como se ha objetado por los adversarios de esta opinión, que la revocatoria se reduzca a una acción de resarcimiento del daño; por el contrario, se trata de una acción de rescisión o de revocación, si se prefiere, pero rescisión o revocación limitada del acto en la medida en que estos efectos resultan lesivos (15 a). Explicado esto, nosotros entendemos sin dificultad el último párrafo del artículo 2.901 que se pronuncia en favor de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso.

Justamente la ley habla de "ineficacia" del acto porque es un pronunciamiento constitutivo de ineficacia lo que el acreedor que la ejercita obtiene con la acción revocatoria. Ahora bien cuando nos situamos entre los terceros que hayan adquirido a título oneroso y de buena fe, es decir, que no sean partícipes en el fraude, incluso subadquirentes del adquirente partícipe en el fraude, la adquisición que estos terceros han llevado a cabo, los cuales tenían motivo para suponer eficaz la causa del negocio adquisitivo y subsistente la legitimación de su causante, resulta válida y eficaz precisamente para tutelar la indicada buena fe (16).

(15 *a)* No parecen decisivas las objeciones que a la posibilidad de una rescisión parcial propone Cicu, en *Riv. dir. comm.*

(16) Sobre el criterio de la buena fe de que aquí se trata, v. esta «Teoría gen. obbligg.», I, 35, sub. B., pp. 73-75.

Queda todavía un punto por aclarar: ¿por qué la ley se preocupa tanto por el requisito de la *conscientia fraudis,* como de la defensa de estos terceros adquirentes y subadquirentes de buena fe, de que su adquisición sea a título oneroso? La respuesta está clara. Porque cuando la adquisición sea a título gratuito, aunque haya buena fe, entonces el conflicto de intereses entre, de una parte, los acreedores y de otra los adquirentes, se presenta de una manera esencialmente diferente, ya que los unos *certant de damno vitando* y los otros *certant de lucro captando.* Pues bien este conflicto de intereses viene resuelto por la ley en el sentido de dar preferencia a los acreedores los cuales *certant de damno vitando,* por este solo hecho: que ellos tratan únicamente de escapar a un perjuicio injusto. En tal caso no tiene relevancia el estado de consciencia del adquirente, incluso si el adquirente fuese de buena fe, dado que él nada ha debido pagar como contraprestación por la adquisición que realiza, su interés se sacrifica por la ley al de los acreedores. Cuando, por el contrario la adquisición sea a título oneroso, es decir que el tercero haya debido entregar una contraprestación por la mencionada adquisición (17) entonces es decisiva y relevante la buena fe, es decir, la creencia del adquirente en la eficiencia de la causa y de la legitimación [42], es decir, en la lealtad de su causante. O el tercero es de buena fe y queda a salvo, para él, la adquisición que se justificaba por la creencia, aunque sea errónea, de la legitimación y lealtad de la parte contraria; o el tercero es *particeps fraudis,* y entonces justamente sufre la sanción de la acción revocatoria, su adquisición viene revocada en la medida en que configura una *iniuria* a cargo de los acreedores defraudados (17 a).

---

(17) Cfr. esta «Teoría gen. oblig.», III, § V, pp. 69-72.

(17 *a*) Hasta este punto del § XV llega la lección 36, de 26-III-1955, la primera recogida con magnetófono.

[42] Sobre el concepto de buena fe, véase en el C. c. los artículos 433 y 1.950.

Hemos, así, profundizado el concepto de la acción revocatoria, haciendo un análisis de la estructura dogmática de este remedio, que la ley pone a disposición de los acreedores. Hemos examinado el hecho constitutivo de la acción, *causa petendi* en este particular sentido, analizando el elemento subjetivo y objetivo del ilícito por parte del deudor, como también el ilícito por parte del tercero adquirente que concluye el contrato con él y hemos, por fin, examinado el *petitum,* es decir, el objetivo procesal de la acción revocatoria, excluyendo (y por ello hemos estudiado la derivación histórica de este remedio que la revocatoria pueda construirse como una acción tendente a un pronunciamiento de nulidad o de anulabilidad, manteniendo firme su caracterización como una acción de rescisión que asume la declaración constitutiva del juez. Este modo nuestro de entender la cuestión no es uniformemente compartido y dadas las diferencias de opinión que se encuentran en la doctrina civilística, convendrá precisar algunos puntos, principalmente por lo que se refiere al elemento subjetivo del ilícito, considerado ya de parte del deudor fraudulento, y al del adquirente cómplice suyo.

Por lo que se refiere al elemento subjetivo del ilícito, que hemos tratado en el aparto A-a, debe precisarse que el *fraus* por parte del deudor resulta de una correlación entre su poder de disponer de los bienes —poder que no desaparece por el hecho de haber asumido una obligación— con una carga que llamaremos "carga cautelar", la cual corresponde a la garantía patrimonial que sobre los bienes del deudor pertenece a los acreedores según lo dispuesto en el artículo 2.740, y que se traduce en una "obligación de respeto" de la expectativa de satisfacción de los acreedores: obligación de respeto que nosotros los juristas debemos tratar de construir insistiendo sobre aquel deber de corrección que el artículo 1.175 enuncia expresamente como criterio que regula la relación entre acreedor y deudor [43]. Creemos que apoyándonos en

[43] Análogamente en el C. c. español debe citarse el artículo 1.258, que determina la eficacia normativa del principio de buena fe en materia de obligaciones contractuales.

el artículo 1.175, que enuncia el principio por el que el deudor y el acreedor se deben recíprocamente un comportamiento honrado, y así insistiendo sobre el criterio de la corrección (18), podemos darnos cuenta de lo que es el ilícito que el deudor comete. El acto de disposición lesivo de la garantía patrimonial viola una obligación del deudor, una obligación de mesura que viene impuesta precisamente por este criterio de corrección sobre el uso del poder de disponer de los bienes propios en otros términos, la ley deja siempre al deudor la libertad de disponer de estos bienes, pero el deber de corrección, que le une con los acreedores, le impone que el uso que haga de este poder sea honrado y comedido, adecuado para no dañar la espectativa de satisfacción que corresponde a sus acreedores.

Lo que llevamos dicho se refiere únicamente al deudor fraudulento. Ahora bien, por parte del tercero adquirente a título oneroso ¿dónde debe buscarse el elemento subjetivo del ilícito? Según la dirección tradicional el elemento subjetivo del ilícito está en la *conscientia fraudis*. Ahora bien esta *conscientia fraudis* no es, como afirma alguno (19) un simple conocimiento, sino que adquiere, encuadrada en las circunstancias, el carácter típico de una participación necesaria en el *fraus*, esto es en la violación de la obligación —obligación de respeto a la garantía patrimonial— que incumbe al deudor frente a sus acreedores. ¿De qué nace el ilícito del tercero? Nace en realidad —diremos— del "contacto social" (20) en el que viene a encontrarse con la esfera de intereses de los acreedores, por el hecho de que a ellos les corresponde sobre los bienes del deudor una garantía. De aquel contacto social, y naturalmente del poder de hecho que el deudor ofrece al adquirente, de defraudar la expectativa de los acreedores, nace para el tercero un deber de corrección que por lo demás no

(18) Cfr. esta «Teoría gen. oblig.», I, pp. 81-84, 101.

(19) Nos referimos a COSATTINI, «Revoca degli atti fraud», 2.ª ed., p. 83.

(20) Sobre este concepto, véase esta obra, pp. 84, 108, 139 y ss.

es distinto que aquel que se suele enunciar con el aforismo *alterum non laedere:* deber de corrección que en él, en aquellas determinadas circunstancias, se potencia hasta convertirse en una obligación de respeto, es decir de abstención del contrato que se le propone. Está precisamente la obligación que viola cuando, en vez de rehúsar la conclusión del contrato en aquellas condiciones —un contrato que se puede prever como lesivo de la garantía patrimonial— acepta la propuesta contractual, o si más directamente sugiere o promueve una oferta de contrato por parte del deudor. ¿Qué sucede como consecuencia de esta *conscientia fraudis,* que es sustancialmente un comportamiento doloso? Sucede que traspasa ese diafragma de irrelevancia que separa la esfera de intereses de los acreedores de la esfera de intereses de los terceros: diafragma de irrelevancia, que por el contrario, en condiciones normales, excluiría que los terceros estén en ocasión de poder, de hecho, defraudar la expectativa de satisfacción de los acreedores (21).

El diafragma de irrelevancia no excluye que el hecho de pertenecer tal expectativa a la esfera de intereses de los acreedores pueda asumir la relevancia jurídica frente a un comportamiento doloso de los terceros, en tanto que la conducta sea conscientemente dirigida e impedir el cumplimiento de la expectativa de los acreedores. Ciertamente, trabajos más recientes han puesto en discusión el criterio que proponemos, y han sostenido que este diafragma de irrelevancia pudiera ser traspasado no sólo con un comportamiento doloso sino culposo (22). Se ha aducido, para demostrar lo contrario el artículo 1.259, que confiere al acreedor el poder de apropiarse de cuanto se debe al deudor por un tercero a título de resarcimiento por la destrucción, por ejemplo, de la cosa que se debía entregar. Pero de la norma citada no puede deducirse que la

(21) Debemos recordar las ideas expuestas en nuestra nota «Sui limiti giur. della respons. aquil.», en *Giur. compl. Cass civ.*, 30, 1951, p. 781 y ss.

(22) Así FEDELE, «Il problema della responsabilitá del terzo per pregiudizio del credito», 1954, pp. 255 y ss., 284 y ss.

conducta del tercero constituya una "iniuria" frente al acreedor a quien la cosa debeía ser entregada; en el caso previsto en el mencionado precepto (23) el acreedor está simplemente autorizado a subrogarse en la posición crediticia que corresponde a su deudor frente al tercero que ha cometido el acto lesivo. No se trata de que el acto del tercero adquiera carácter de "iniuria" también frente al acreedor, sino que se trata de que el acreedor pueda hacer valer directamente frente al tercero el crédito de resarcimiento que corresponde al deudor daño sufrido, mediante una especie de subrogación legal en la relación de deuda, que por efecto del acto dañoso se ha constituido entre el tercero culpable y el propio deudor, como propietario de la cosa destruida o deteriorada. Así pues no es exacto (para acabar con este punto) que la revocación concedida por el artículo 2.901 del Código civil se funde sobre el ilícito del deudor exclusivamente, como si el hecho del tercero no tuviese en relación con ello ninguna relevancia, como alguien afirma (23 a). La *conscientia* del tercero no es un simple "conocimiento", sino que se trata de un conocimiento susceptible de configurar por parte del tercero, que tendría la obligación de abstenerse de concluir el contrato, una participación necesaria en el fraude, y por consiguiente una conducta que reputamos dolosa, en cuanto es conscientemente lesiva de un interés tutelado. De un modo distinto, sin embargo, se presenta el conflicto de los intereses de los acreedores con los de los adquirentes de buena fe. Aquí se hace necesaria una distinción según que el acto de disposición sea a título oneroso o lucrativo. En esta última hipótesis es irrelevante la cuestión de su participación en el fraude; es suficiente la simple gratuidad para conferir a la adquisición el carácter —diremos— de un enriquecimiento que frente a los acreedores carece de suficiente

(23) Supra. § IV, sub. I. de esto hablaremos más tarde, en el § XVIII, al tratar de la subrogación legal entregada a la iniciativa del acreedor frente al deudor.

(23 *a*)...Así Cosattini, «Revoca degli atti fraudolenti», p. 84. Cicu, en *Riv. dir commerc.*, 1934, II, 132, 135 y ss., al dirigirse al «petitum» contra su acto de adquisición.

justificación. Además el enriquecimiento de que hablamos es *ratio iuris* de la responsabilidad de que hablamos por parte del tercero, es decir de su legitimación pasiva en la acción revocatoria, si bien no medida de su responsabilidad (24).

Además reputamos erróneo invocar dos fundamentaciones diferentes para la acción revocatoria en las hipótesis de adquisición a título oneroso y en la hipótesis de adquisición a título lucrativo. Algunos dicen que en la primera hipótesis el fundamento de la acción revocatoria sería el fraude del tercero, y en la segunda hipótesis sería el enriquecimiento del tercero. Con ello se deforma seriamente la fisonomía de la acción revocatoria; y CICU (25) ha tenido razón en reaccionar contra semejante modo de pensar, que llevaba a olvidar lo que constituye su fundamento esencial: el fraude del mismo deudor, no el fraude del tercero. Pero de otra parte parece una errónea inversión lógica (un *ysteron proteron)* fundar la legitimación pasiva de un tercero sobre el carácter anulatorio que se atribuye al *petitum* y a la sentencia en la acción revocatoria, anulación que, en cuanto afecta al acto frente al tercer adquirente requeriría necesariamente una legitimación pasiva de ese tercero (26). Ahora bien la indicada explicación meramente procesal sobre el alcance de la acción revocatoria, no basta para justificar sobre el terreno sustancial una responsabilidad de un tercero, al menos para quien no comparta la teoría procesalista de la acción revocatoria, que re-

---

(24) Obsérvese que a veces es posible la situación inversa: el enriquecimiento puede ser medida y no fundamento de la responsabilidad; la norma del art. 2.039 c. civile nos presenta precisamente un caso en el que el fundamento de la obligación de restituir está en el negocio, aunque sea inválido, que se ha concluido entre el menor y un tercero, pero la medida de responsabilidad para la restitución de cuanto se ha recibido está limitada al enriquecimiento; lo que no significa que el enriquecimiento sea el fundamento de la responsabilidad. En particular, véase esta misma obra, III, § VII, pp. 126-128

(25) «L'obbligazione nel patrimonio del debitore», p. 34.

(26) Idem, p. 34, en *Rev. dir. comm.*, 1934, II, 132.

duce este remedio a un medio puramente procesal (27) sin un fundamento en la sanción del Derecho sustancial. No es exacto siquiera, a nuestro parecer, sostener que el ilícito del tercero sea algo independiente del ilícito del deudor (28) y no es tampoco exacto que para paralizar la acción revocatoria sea suficiente la "ausencia de fraude" por parte del tercero (29). Antes bien debe decirse, que, para paralizar la acción revocatoria, hay una razón de tutela de un tercero, una razón positiva, que está basada sobre la buena fe, entendida como creencia, creencia razonable, en la legitimación y en la lealtad, y por ello en la corrección de la otra parte. Esta buena fe merece ser tutelada por la ley, en éste, como en otros casos, en que la ley pone a salvo la adquisición de un tercero. Nos limitamos a recordar las adquisiciones llevadas a cabo por un tercero de buena fe frente al heredero aparente, las cuales, siempre que se realicen a título oneroso son puestas a salvo por el artículo 534 [44]; además la buena fe del ulterior adquirente sugiere una cuestión en torno a la simulación; aquí no se requeriría que el acto sea a título oneroso, puesto que la adquisición se ha producido en la creencia de una legitimación aparente por parte del adquirente simulado, aquél es puesto a salvo por el artículo 1.415 del Código civil (30). Naturalmente es necesario que la adquisición se haya llevado a cabo antes de la constancia en el registro de la interposición de la demanda que solicite la declaración de la simulación, lo que basta, si no para constituir al subadquirente en mala fe, como inexactamente se dice, sí en cambio para poner so-

(27) Así CARNELUTTI, en «St. Chiovenda», pp. 299-302 (n. 32), que pone el «petitum» de la acción revocatoria en «el reconocimiento de la sujeción de un tercero (por cuanto es cómplice en el fraude) a la «acción ejecutiva» (p. 301).

(28) Así CICU, «L'obbl. n. patrim. d. debit.», p. 27.

(29) De este parecer es CICU, ídem., pp. 34-35.

(30) Sobre este punto, véase nuestra «Teoria gen. negoz. giur.», 27, sub 3, pp. 231-233; 3; pp. 67-69.

[44] El C. c. español recoge este principio en materia de adquisiciones de bienes muebles con mucha mayor amplitud, en el artículo 464. En materia de bienes inmuebles, debe citarse lo dispuesto en los artículos 32 y 34 L. H.

bre aviso a los eventuales adquirentes de la posibilidad, que se perfila, de que la posición jurídica del causante se remueva, por cuanto se funda en negocio simulado.

Hay quien (31) justifica esta "parálisis" de la acción revocatoria frente al tercero de buena fe diciendo que si se resolviera en este caso la adquisición del tercero, éste vendría a ser acreedor del enajenante insolvente; y añade que no habría entonces razón para preferir al tercero que queda igual que el acreedor que quiere actuar en defensa de sus créditos la acción revocatoria, ha confiado en el deudor y ha corrido también el riesgo de una insolvencia eventual posterior al negocio. Nos parece que no hay necesidad de argumentar del modo indicado que incide en los inconvenientes que derivaría de una solución diferente: la razón es más sencilla y la encontramos más al aflcance de la mano; y se deriva de la misma buena fe, entendida como razonable creencia en la legitimación y en la lealtad de la otra parte.

También hay (32) quien combate la consideración que hacemos de la *conscientia fraudis* del tercero como ilícito extracontractual, y recuerda como, a este respecto, también el artículo 194, párrafo 2.º del Código penal habla de mala fe, observando que la mala fe, en sí misma considera no debe ser considerada como un ilícito. Para rechazar la adecuación de la indicada calificación, se objeta: si la *conscientia fraudis* del tercero debiera ser calificada como ilícito contractual, el tercero estaría obligado, se dice, al resarcimiento de los daños con todo su patrimonio según lo preceptuado en el artículo 2.043 y en el 2.740. Ahora bien, nos parece que esta argumentación acusa, por así decirlo, un anquilosamiento de los conceptos, la cual pierde de vista cuál es la finalidad de la tutela jurídica, como tutela de intereses. Cuando determinados intereses pueden ser más eficazmente tutelados de un cierto

(31) Así Cicu, «L'obblib. nel patrim. del debit», p. 35.

(32) Nos referimos a Cosattini, «Revoca degli atti fraudolen», p. 86. La misma objección fue propuesta por Cicu, en *Rev. dir. comm.*, 1934, II, 124.

modo que de otro, evidentemente la ley prefiere, en su valoración, el primero al segundo de dichos sistemas de tutela. Pues bien, tutelar a los acreedores frente al tercero consciente del fraude pura y simplemente con una acción de resarcimiento del daño, significaría concederles un remedio menos conducente al indicado fin, menos útil a su remedio que la acción revocatoria: por cuanto con esta el acreedor obtiene, con la mayor generalidad, el derecho de recuperar la garantía patrimonial, allí donde con la condena al resarcimiento de los daños a cargo de un tercero que podría ser también insolvente, no obtendría este resultado de reintegración y de recuperación. Se tiene, en cierto sentido, por efecto de la legitimación pasiva del tercero cómplice en el fraude, en la acción revocatoria, una especie de resarcimiento específico, es decir, de reintegración; la rescisión del acto de disposición al que se ha prestado el tercero, actúa un resarcimiento en forma específica del mismo modo que, según el artículo 2.058 del Código civil [45] el mismo prevé (salvo el poder del juez de fijar el resarcimiento por el equivalente en la hipótesis de reintegración excesivamente onerosa) actúa un resarcimiento de la indicada especie. El mismo argumento vale también para el tercer adquirente o mejor llamado subadquirente; el subadquirente está pasivamente legitimado en la acción revocatoria en cuanto es partícipe en el fraude y tiene en su poder el bien enajenado.

Todo ello resulta con evidencia del último párrafo del artículo 2.901, y también del párrafo 2.º del artículo 2.902 que dice: " el acreedor, obtenida la declaración de ineficacia, puede promover, frente a los terceros adquirentes, acciones ejecutivas o consecutivas sobre los bienes que forman el objeto del acto impugnado". Se presupone, en orden a la legitimación pasiva en la acción revocatoria —no frente a la acción

[45] El C. c. no prevé el resarcimiento específico del daño extracontractual, sino que, por el contrario, el artículo 1.101 establece un criterio general que es aplicable a las obligaciones contractuales, ya que los regímenes especiales establecidos en los artículos 1.095-1.099 son aplicables solamente a ciertos supuestos de incumplimiento de obligaciones contractuales, un criterio, decimos, por el que se previene un sistema de indemnización de daños y perjuicios, cuyo alcance determina el artículo 1.106 C. c.

rescisoria que depende del ejercicio de la acción revocatoria—, que él haya sido partícipe en el *fraus*. De otra parte, la legitimación pasiva en la acción revocatoria es una legitimación que podremos llamar *propter rem*, esto es que subsiste en tanto en cuanto el autor del ilícito tenga la cosa en su poder, en particular el inmueble, adquirido por efecto del acto de disposición fraudulento. El adquirente inmediato que no tiene ya la cosa, no está pasivamente legitimado en cuanto a la acción revocatoria, cuando haya un subadquirente de mala fe que le sustituya en su lugar. Ahora bien, su legitimación pierde significación, dado que una tutela eficaz del acreedor no sería posible frente a él en este supuesto. Está claro, pues, que una tutela en la forma que alguno entiende (33), resarcimiento del daño con todo el patrimonio, no beneficiaría al acreedor como por el contrario le favorece, por ser incomparablemente más eficaz, la tutela en forma específica que la ley concede legitimando pasivamente a los adquirentes y subadquirente que actúen en conocimiento del fraude, al hacerles sufrir una resolución que significa la revocación de su adquisición. Se entiende también que el ilícito del tercero no es un ilícito que se agota en sí, como opinaba por lo común la vieja doctrina, sino que es un ilícito que se configura como una participación necesaria, como complicidad en otro ilícito (34); es decir, en el ilícito que comete el deudor enajenado sabiendo que con ello perjudica la garantía patrimonial que corresponde a sus acreedores.

En este punto nos conviene ahora precisar en qué consiste el *consilium fraudis* del deudor, el cual realiza un acto en perjuicio de los intereses de sus acreedores. A la discusión de este problema aporta cierta luz COSATTINI (35); en particular allí donde rechaza la opinión ecléctica que sostiene DE

(33) Así, COSATTINI, *Rev. d. atti fraudolenti*, 86.

(34) Cfr. por analogía el problema planteado por PAULO, 1.141, en D. 47, 2, 67 (66), 4, sobre el que pueden verse nuestras «Exercitazioni romanistiche», 23, página 60 y ss.

(35) «Revoca degli atti fraudolenti» (2.ª ed.), pp. 118-20.

RUGGIERO, sobre la conciliabilidad de la opinión que concibe el ilícito intentado por el deudor como un *animus nocendi,* y la opinión que por el contrario se resiste a requerir la *conscientia* del alcance perjudicial del acto de disposición que va a llevar a cabo. Decía DE RUGGIERO que, en el fondo, quien sabiendo que perjudica la garantía patrimonial, no obstante ejecuta el acto de disposición, con ello, normalmente, llena un *animus nocendi.* Se trata de una conciliación que no convence a quien está habituado a argumentar rectilinea y coherente, porque el problema es ver si para configurar el ilícito es precisa una consciente intención de perjudicar, o si, por el contrario, basta la previsión de consecuencias lesivas, A nosotros nos parece que el *consilium fraudis* debe ser configurado de esta última forma. Contenido mínimo del *consilium fraudis* es éste: existía por parte del deudor una carga de previsión, esto es, de conocimiento de las consecuencias lesivas que el acto de disposición deberá tener verosímilmente y, por lo tanto, existe una negligente ignorancia de la propia situación patrimonial. Esta ignorancia es evidentemente una violación de la carga de cautela de la que ya hemos hablado: carga de cautela, que se potencia y se especifica en un deber de abstenerse de actos de disposición eventualmente lesivos. Alguno puede intentar todavía en un elemento subjetivo tan acabadamente refinado una manifestación del dolo al estilo romanístico; sin embargo, nosotros creemos que es imputable por este concepto quien, sabiendo o debiendo saber que una línea de conducta lleva a ciertas consecuencias perjudiciales para la garantía patrimonial, lleva a cabo, no obstante, el acto de disposición que expone a peligro inmediato y directo los intereses jurídicamente protegidos de sus acreedores; y la conciencia que se deriva de esta previsibilidad del daño es calificable, a nuestro parecer, como *consilium fraudis* (36).

(36) De parecer diferente es COSATTINI, ídem., p. 120, que intenta establecer una antítesis entre dolo y culpa identificando esta última en el caso de simple previsibilidad del daño.

En cuanto al elemento objetivo del ilícito, elemento que se comprende bajo el nombre de *eventus damni,* ya hemos puesto de relieve (A-b) que ello se hace reconocible en la disminución de la garantía patrimonial. Pero disminución de la garantía patrimonial ¿respecto de qué crédito? Respecto de los créditos que preexistan al acto de disposición o eventualmente a los créditos que se hallen constituidos después del acto de disposición? A este respecto, bajo el imperio del viejo código, se agitaba una controversia que está resuelta en el nuevo; también la dolosa preordenación dirigida a disminuir la garantía patrimonial en vista de un crédito que se va a constituir, incluso esta dolosa preordenación entra en el *considium fraudis* y concreta, una vez que el débito haya sido asumido, aquel *eventus damni* que presupone la acción revocatoria. Se aprecia una correspondencia, o al menos una analogía, entre la oposición revocatoria que se prevé por una norma del Código de Procedimiento Civil y la acción revocatoria civil. Debemos recordar que según el artículo 404 del Código del procedimiento civil, un tercero puede oponerse contra la sentencia firme (y por lo común ejecutiva, pronunciada por otras personas, cuando perjudica sus derechos: éste es el caso de oposición, que según la terminología de CHIOENDA, se funda sobre el perjuicio jurídico que consiste en la lesión que un derecho. Después el mismo párrafo añade: "los causahabientes y los acreedores de una de las partes pueden oponerse a la sentencia cuando el efecto de dolo o de colusión es en su perjuicio", y en esta segunda hipótesis de oposición revocatoria se hablaba por los procesalistas de la escuela de CHIOVENDA (37) de un perjuicio de hecho. Pero, ¿en qué sentido? Este perjuicio debe ser entendido no el sentido de que una resolución jurisprudencial que pueda perjudicar a quien se proponga deducir en juicio una controversia análoga, sino en el sentido del hecho de alcanzar el valor de cosa juzgada por una determinada sentencia, por

(37) Cfr. nuestro «Dir. processuale civile italiano», § 4, n. 219, y también nuestra «Teor. gen. negoz. giur», § 32 sub *d)*, p. 273 y ss.

ejemplo, de una sentencia de condena susceptible de ejecución forzosa, que pueda llevar y lleve a disminuir la garantía patrimonial. Ahora bien, la expresión "perjuicio de hecho" no nos parece enteramente adecuada: porque el perjuicio que la ejecución forzosa produzca al acreedor, en cuanto le sustrae o disminuye la garantía patrimonial (art. 2.740 del Código civil), es un perjuicio que afecta a su derecho, a su expectativa de satisfacción: expectativa, que ellos tienen para el caso de que la prestación que les sea debida no sea voluntariamente cumplida. Sin embargo, aceptando la distinción entre el perjuicio que produzca la sentencia al derecho subjetivo de un tercero, en cuanto afirma la subsistencia de una relación jurídica incompatible con su derecho y el perjuicio que justifica la oposición revocatoria, precisamente por cuanto se refiere a esta última oposición, debemos decir que ésta también implica un perjuicio jurídicamente relevante en el sentido de lesionar un interés jurídicamente protegido del tercero y, por lo tanto, un derecho subjetivo de este tercero. La diferencia no es más que ésta: que en un caso hay exclusión por incompatibilidad entre el contenido resolutorio de la sentencia y la posición del tercero; en el segundo caso, por el contrario, no existe una exclusión por incompatibilidad, sino que se trata de una consecuencia refleja de la sentencia, la cual, en cuanto sustrae un determinado bien al deudor, por ello mismo viene a perjudicar al acreedor, que tiene sobre el complejo de los bienes de su deudor aquella garantía patrimonial que el artículo 2.740 establece (37 a).

Nos quedan todavía por examinar la previsibilidad del *eventus damni* y la idioneidad del acto para provocarlo. La noción de perjuicio previsible, que el artículo 404 del Código de procedimiento civil presupone, se debe deducir de la misma noción del interés que la acción revocatoria está destinada a proteger (38): interés en la conservación de los bienes en

(37 *a*) Hasta aquí llega la lección 37, pronunciada el 31 de marzo de 1955, la segunda recogida con magnetófono.

(38) COSATTINI, «Revoca degli atti fraudolenti», p. 125.

cuanto constituyen la garantía de los acreedores según lo dispuesto en el artículo 2.740 del Código civil. La violación de este interés mediante un acto de disposición calificable como doloso, que produzca una disminución en el patrimonio del deudor, integra el hecho en que constituye el daño injusto, contra el cual se dirige la acción revocatoria sobre el contenido mínimo del *consilium fraudis,* debe decirse que no se reduce en ningún caso a simple culpa, siempre que el daño sea previsible; quien previniendo o previendo el daño, pone en juego las condiciones necesarias o suficientes para ello, incurre ya en dolo. En cuanto al *eventus damni,* debe decirse que sobre el terreno de nuestro Derecho positivo, aparece excesivamente restringida la noción del *Anfechtungsgesetz* del Derecho alemán (§ 2) que recoge el *eventus damni* en el caso de que la ejecución forzosa no haya conducido a la plena satisfacción del crédito, o en el caso de ser previsible que no conduzca a tal resultado. El daño consiste en una insolvencia respecto al rendimiento de una ejecución forzosa y puede depender también del hecho de haberse sustituido con bienes fácilmente ocultables o de difícil persecución otros que eran fácilmente identificables (39). El nexo causal entre el acto de disposición y el *eventus damni,* y la previsibilidad del daño que constituye el presupuesto de la acción revocatoria deben de ser apreciados por vía de analogía, en función de los criterios que rigen la responsabilidad por incumplimiento. Así según lo dispuesto en el artículo 1.223 del Código civil, el daño debe ser consecuencia inmediata y directa del comportamiento del deudor; a los efectos del artículo 1.225 debe tenerse en consideración los efectos que podían preverse en el momento de realizarse el acto; según el artículo 1.227 en los casos en que el acreedor haya contribuido con un comportamiento culposo a causar o aumentar el daño, se puede llegar a admitir una interrupción del nexo de causalidad entre el acto de disposición y el *eventus damni,* hasta excluir el ejercicio de la acción revocatoria. Al hacerse todas estas valoraciones debe

(39) Idem, p. 126.

tenerse presente que el acto de disposición lesivo es violación de un obligación accesoria de conservación de la garantía patrimonial y de prudencia en la gestión objetivamente controlable; violación que en cuanto es consciente, es siempre dolosa (lo que, por lo demás, no excluye posibles graduaciones) (40) .

La idoneidad del acto de disposición del deudor en orden al *eventus damni* se deduce del nexo de causalidad inmediato y directo, puesto en relación con el carácter dispositivo del acto en el sentido de que debe tener un "objeto", es decir, recaer sobre "bienes" (41), y provocar no tanto una disminución de ganancias, de incremento patrimonial (a lo que provee la acción subrogatoria) como a una disminución de la garantía patrimonial ya existente (2.740). Según este criterio, se explican las disposiicones legislativas, como la del artículo 67 de la Ley de Quiebras (D. 16 de marzo de 1942, núm. 267). En ella vienen enumerados los actos de disposición a título oneroso contra los cuales se dirige la acción revocatoria concursal que puede interponer el curador [46] sin perjuicio de la prueba que puede hacer la otra parte de ignorar el estado de insolvencia. Con una proyección retrospectiva, después de la declaración de quiebra, la ley hace una interpretación típica de los actos respecto de los cuales, una vez ejercitada la acción revocatoria, incumbiría a los acreedores una grave carga de prueba en torno al *consilium fraudis* del deudor. Una limitación se propone a la ejercitabilidad de la acción revocatoria, en relación con el tiempo en que tales actos de disposición fueron realizados por el quebrado (actos de pago, de garantía): el comúnmente llamado período sospechoso. El artículo 44 de la Ley de Quiebras, por el contrario, determina que los actos llevados a cabo por el quebrado y los pagos que haya realizado después de la declaración de quiebra son

(40) COSATTINI, ídem, p. 9, 130.

(41) SOHM, «Der Gegenstand», pp. 32-35 y ss.

[46] El C. c. español regula la retroacción de la quiebra en el artículo 881.

ineficaces respecto de los acreedores. La sanción legal en esta hipótesis es mucho más rigurosa; no se trata ya de revocabilidad de los actos, sino de nulidad relativa. Los actos son relativamente nulos para la masa de acreedores (quien no pertenece a esta masa no puede sacar ventaja de esta nulidad relativa) (41 a). Así, hasta, según el artículo 350 del Código civil, los acreedores de la mujer no pueden sin su consentimiento pedir la separación de la dote de los bienes del marido. Está excluida la acción subrogatoria en cuanto depende de una apreciación moral estrictamente ligada al estado de cónyuge. El artículo 206, por el contrario, dispone que los acreedores del marido pueden impugnar con la acción revocatoria, cuando concurran los requisitos que la condicionan, la separación de la dote. Es este un medio de defensa a posteriori, mientras que la ley reconoce a los acreedores con la oposición en el juicio de separación un medio preventivo. A propósito de este artículo CICU (42) niega que se pueda hablar de acción revocatoria en cuanto no entre en juego un interés personal de los cónyuges, sino un interés familiar. A nuestro parecer, esta reflexión no lleva a negar la calificación de acción revocatoria al remedio que la ley reconoce a los acreedores; por otra parte el mencionado artículo no sólo la llama acción revocatoria, sino que para otorgarla requiere que sean sus condiciones extremas. En este caso el interés de los acreedores del marido es preeminente; con la acción de separación de los bienes dotales, ellos podrían ver disminuidas las posibilidades de una pronta satisfacción de sus expectativas.

Por otra parte, el artículo 1.113 del Código civil bajo la rúbrica *intervento nella divisione e opposizione* prevé la hipótesis de que los acreedores o los causahabientes intervengan en la división. A estas personas se les reconocen dos remedios: uno preventivo mediante la oposición notificada con anterioridad a la división, y si se tratase de una división que tuviese

(41 *a)* AULETTA, «Revoca civile e fallimentare», 1939.

(42) «L'obbligaz. nel patrim. d. debitore», 35.

por objeto bienes inmuebles, transcrita antes de la transcripción del acto de división o de la demanda de división judicial; otro a posteriori, mediante el ejercicio de la acción revocatoria o de la acción subrogatoria, siempre que concurran sus respectivos requisitos *(consilium fraudis y eventus damni)*. El artículo 2.394, en fin, al disciplinar la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores sociales por la inobservancia de las obligaciones que conciernen a la conservación de la integridad del patrimonio social, dispone en el párrafo segundo que la acción a que nos venimos refiriendo puede ser interpuesta por los acreedores cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos. Se tiene, pues, una responsabilidad de los administradores no sólo respecto de los socios, sino también frente a los acreedores sociales, a los cuales corresponde en garantía de su derecho una expectativa de satisfacción sobre los bienes de la sociedad (43). Esta expectativa de los acreedores encuentra su tutela cuando se pruebe que el patrimonio ha sido reducido por la gestión de los administradores y ha llegado a ser insuficiente para la satisfacción de sus respectivos créditos. El último párrafo prevé el caso de renuncia de la acción por parte de la sociedad (art. 2.393); y dispone que la misma no impide a los acreedores el hacer valer la responsabilidad en cuestión. En esta hipótesis la Ley, reconociendo el preeminente interés de los acreedores sociales, exonera a estos últimos de probar el *consilium fraudis*. Por lo demás la transacción puede ser impugnada por los acreedores sociales cuando concurran sus requisitos, *consilium fraudis* y *eventus damni*.

El mismo criterio que dejamos indicado debe ser aplicado también a las decisiones que se encuentran en una reseña casuística de la jurisprudencia. Conviene recordar a este respecto la sentencia del Tribunal de Casación de 4 de febrero

(43) Cfr. MÜLLER-ERZBACH. «Das private Recht der Mitglidschaft als Prüstein eines kausalen Rechtsdenkens» (1948).

de 1938 (44). Se trataba de un comerciante declarado en quiebra, el cual durante el período sospechoso de que habla el artículo 67 de la Ley de Quiebras, había venido realizando prestaciones con servicio de autotransportes de mercancías con la finalidad de satisfacer el crédito de uno de sus deudores. Se preguntaba si esta forma de *datio in solutum* resultaba afectada por la nulidad que impone el artículo 67, o si debía considerarse eficaz frente a los acreedores insatisfechos. El Tribunal de Casación estableció que el acreedor había ilegítimamente favorecido y que por lo tanto venía obligado a aportar a là masa de la quiebra el equivalente de las prestaciones recibidas. COSSATTINI, se pregunta si en el caso de referencia hubo concretamente disminución de la garantía patrimonial de los acreedores, respondiendo que en este caso no se trataba de bienes que formasen parte de la garantía patrimonial, sino de un hacer. Sin embargo, pudiera haberse hablado de una ganancia no lograda, no ya de una disminución patrimonial que justificaría el ejercicio de la acción revocatoria de la quiebra. Ahora bien, si esta reflexión puede reconocerse exacta desde el punto de vista formal, no satisface a quien tenga presente la situación de los intereses en juego. La pretendida forma de ganancia fallida había, en efecto, sustraído al deudor un incremento que habría obtenido prestando a otros, mediante remuneración, sus propios servicios. Desde este punto de vista la masa de los acreedores había sufrido una innegable disminución de la propia garantía patrimonial (45).

---

(44) Publicada, en *Foro it.*, 1938, I, 909, con nota contraria de COSATTINI. Sobre la cuestión de una acción revocatoria sobre una «datio in solutum»; CARNELUTTI, en *Riv. dir. comm.*, 1917, II, 626-35; BUTERA, en For it., 1918, I, 175-184; SOLAZZI, en *Foro it.*, 1918, I, 404-12; CURCI, en *Foro it.*, 1940, I, 78-83.

(45) Se recuerdan ahora las siguientes resoluciones jurisprudenciales en materia de «eventus damni» en materia revocatoria; todas ellas del Trib. de Casación: 31-1-1950, 8-6-1949, 12-21945, 18-3-1948, 28-2-1951, 1031950; esta última, en núm. 624, en *Mass. Foro it.*, 1950, 137. A tal reseña fue dedicada la segunda parte de la lección 38, explicada el 1 de abril de 1955.

C) Conviene ahora que entremos a tratar el problema, que no hemos aún estudiado de la legitimación pasiva en la acción revocatoria.

Pasivamente legitimados en la acción revocatoria son, como bien se comprende, principalmente, el deudor que ha realizado un acto de disposición en perjuicio de los derechos de su acreedor. Pero, dado que la llamada acción revocatoria es en su sustancia un derecho potestativo, que se dirige a una declaración de rescisión de la adquisición que se haya realizado por un tercero, debe necesariamente ser llamado a la causa del tercer adquirente que se ha constituido como partícipe en el fraude. Y si el tercer adquirente hubiere, a su vez, enajenado los bienes a otras personas, es decir, a un subadquirente, resultaría necesario que quien ejercita la acción revocatoria, interpusiese la demanda de revocación también frente al subadquirente. Todo esto deriva más que nada, como decíamos, de la naturaleza de derecho potestativo de la acción revocatoria (siguiendo una terminología romanística que nos suena una tanto anticuada, porque no está enteramente de acuerdo con las modernas exigencias de la dogmática). Al ser la acción revocatoria esencialmente un derecho potestativo que se dirige a un pronunciamiento constitutivo, a una resolución de rescisión, esta declaración debe poder operar no sólo contra las partes del primer acto de disposición, sino también frente a las partes del acto o actos de disposición ulterior, que ha dado lugar a adquisición o adquisiciones sucesivas. Incumbirá, naturalmente, al acreedor que ejercita la acción revocatoria la prueba ya del *eventus damni*, ya del *consilium fraudis* del deudor, ya de la *conscientia fraudis* del primer adquirente, así como, en determinadas circunstancias que inmediatamente especificaremos, también, la prueba del conocimiento del fraude por parte del segundo adquirente, que se designa con el nombre técnico de subadquirente.

Todo esto resulta evidente si tenemos en cuenta que la declaración de rescisión —como resolución constitutiva la elimina en los límites del perjuicio causado a los acreedores, el

acto de disposición impugnado— no puede ser operativa sino frente a todos aquellos que han sacado provecho del acto de disposición; sea frente al adquirente, sea frente al subadquirente. Pero no hay que olvidar que la adquisición por parte, tanto del primero como del segundo adquirente, es un acto que se ha operado válidamente, y no un acto fundado sobre un negocio nulo o anulable; y ésto explica cómo el primer adquirente pueda válidamente —aunque ilícitamente— llevar a cabo una ulterior enajenación. Y ahora surgen varios conflictos: el conflicto entre el acreedor y el adquirente; o el conflicto entre el acreedor y el subadquirente. En la valoración jurídica conviene partir antes que nada del criterio según el cual el conflicto debe ser regulado. Ahora bien, dado el sistema de publicidad de nuestra ley, el artículo 2.652, número 5 dispone que la demanda de revocación de los actos sometidos a transcripción realizados en fraude de acreedores, debe ser transcrita, es decir, que quien ejercita la acción revocatoria tiene la carga de transcribir la demanda [47]. No se trata de que esté obligado a transcribirla, sino que si no la publica mediante esta forma de publicidad que abre la posibilidad de su conocimiento a terceros, el demandante tiene que correr el riesgo consiguiente de que el demandado en el tiempo intermedio enajene los bienes o bien de que se trate y éste venga a poder de un tercero de buena fe, cuya adquisición sea inatacable.

Se habla de transcripción cuando se trata de bienes inmuebles. Cuando se trata, por el contrario, de bienes muebles, la función de la transcripción se asume por otra medida, es decir, el embargo judicial *(sequestro guidiziario)*, que puede ser pedido a tenor de lo dispuesto en el artículo 670 del Código procesal civil, embargo judicial del bien sobre el que recae la controversia. Desde la fecha del mismo se da a conocer a los terceros la particular condición jurídica en que se encuentra el bien de que se trata y, por lo tanto, esos ter-

---

[47] Los artículos 1.295, p. 2, C. c.; 34 L. H.; 37, núm. 1 y 4 L. H.; y 42, núm. 1, L. H., determinan el alcance revocatorio de la acción ejercitada con éxito.

ceros deben tener en cuenta esa eventualidad que el bien que figura como de la pertenencia de un determinado sujeto pueda resultar que no le corresponda.

Para dar mayor sencillez a la exposición, nos limitamos a considerar el caso del acto de disposición que tenga por objeto un bien inmueble y de una demanda de revocación que se haya transcrito en el Registro.

El acreedor procede a la transcripción; pues bien, para precisar la posición jurídica en que se encuentra el subadquirente frente a la demanda de revocación, conviene distinguir según que, *a)* su adquisición sea posterior, o *b)* sea anterior a la transcripción de la demanda de revocación. *a)* Si es posterior a la transcripción de la demanda de revocación, la adquisición debe ceder en todo caso; se puede decir que la resolución de rescisión afecta al adquirente cualquiera que sea su estado subjetivo de conciencia, incluso si eventualmente hubiese adquirido a título oneroso y fuese de buena fe. El que no disfrutaría de la protección que la ley dispensa al adquirente a título oneroso y de buena fe, porque por efecto de la publicidad que se da a la demanda de revocación con la transcripción, se confiere a cualquier tercero la posibilidad de conocer la interposición de esta demanda y, por lo tanto, de tomar en consideración la eventualidad de que la demanda esté a punto de resultar estimada con una resolución favorable a la rescisión. Se suele decir, comúnmente, que con la transcripción los terceros vienen "constituidos en terceros de mala fe"; se trata de una expresión impropia, como lo es también aquella otra de que la transcripción crea una presunción de conocimiento. Y es una expresión equívoca porque subjetivamente, psicológicamente, el tercero podría ser de buena fe; únicamente que esta buena fe entendida como desconocimiento del fraude, como creencia en la legitimación y en la lealtad de su causante (Cfr. art. 433, Cód. civ. español y especialmente el art. 1.950), no le aprovecha ya en cuanto está neutralizada y paralizada por la publicidad de la transcripción. La transcripción no constituye en "mala fe" a los terce-

ros adquirentes, sino que les ofrece la posibilidad de trabar conocimiento de la existencia de la demanda de revocación; demanda que puede eventualmente llevar a una resolución que pronuncie la rescisión de la adquisición que se llevó a cabo en favor del sujeto actual de un bien determinado. *b)* Si, por el contrario, el subadquirente ha adquirido antes de la transcripción de la demanda de revocación (o respectivamente antes del embargo judicial en el caso de tratarse de bienes muebles), en este caso la resolución de rescisión que emitiese el juez estimando la demanda de revocación, no operaria en perjuicio suyo, sino en cuanto a ese adquirente, o subadquirente a título oneroso, se pueda imputar una conciencia del fraude. Sólo en este caso —y la carga de la prueba incumbe naturalmente al acreedor— se podría atacar su adquisición; en el mismo caso, por el contrario, en el supuesto de que fuese un adquirente a título oneroso su adquisición sería firme, de tener buena fe. Veremos dentro de poco qué consecuencias acarrea ésto para la resolución judicial a propósito de la demanda de revocación (45 a).

En medio de todo, una cosa es cierta, y es que el adquirente anterior a la transcripción de la demanda de revocación debe ser citado conjuntamente con su causante. Lo que en la terminología procesal se denomina *litisconsorcio* necesario (46) frente a quien ejercita la acción revocatoria, entre el deudor fraudactor, su adquirente inmediato y el subadquirente que sea anterior a la transcripción de la demanda de revocación. Si es posterior y ya no existe una necesidad ni una carga de citarlo en juicio, ya que su adquisición cede automáticamente por efecto de la publicidad dada a la demanda; la cual paraliza, hace inoperante la psicológica buena fe de ese tercero adquirente. Ahora bien, *¿quid juris?* en el caso de que el subadquirente citado a juicio sea un adquirente de buena fe a título oneroso.

(45 *a)* Diferente es la opinión de CICU, en *Riv. dir comm.*, 1934, II, 126-28; 135-36.

(46) Cfr. en nuestro «Dir. proccesuale civile it.», § 41, n. 195, p. 654 y ss.

En este caso la ley pone a salvo su adquisición. Pero si la ley pone a salvo su adquisición, evidentemente el juez, acogiendo la demanda de revocación, no puede ordenar la rescisión de la adquisición. No valdría objetar en contrario que, pronunciada la rescisión de su causante, se le aplicaría a él el principio *resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis,* porque la tutela de la buena fe, y la protección de la adquisición a título oneroso de buena fe supone precisamente ésto: que dicha máxima viene derogada en todos los casos en que interviene un adquirente de buena fe (46 a). Al adquirente a título oneroso de buena fe no resulta aplicable el principio *resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum.* ¿Y en este caso el juez que encuentre fundada la acción revocatoria en cuanto le ha sido demostrado un *eventus damni,* le ha sido demostrado un *consilium fraudis* por parte del deudor, le ha sido demostrada una *conscientia fraudis* por parte del tercer adquirente, podrá pronunciar la rescisión de la adquisición en los límites del perjuicio? ¿O no deberá más bien operar de modo diferente, ya sugiriendo una modificación de la demanda judicial, sea incluso de oficio, en virtud de una —llamemosla así— conversión del *petitum,* que según el principio *jura novit curia* la ley impone al juez que debe decidir? Nosotros somos de la opinión de que se debe seguir esta solución. Cuando el juez, a pesar de encontrar fundados los presupuestos de la acción revocatoria, encuentra, sin embargo, un subadquirente a título oneroso de buena fe, que ostenta esta condición con anterioridad a la transcripción de la demanda de revocación, él no puede pronunciar la rescisión de la adquisición, en el sentido de que esta rescisión no sería posible frente a los subadquirentes de buena fe; y entonces debe convertir el *petitum-rescision* en otro *petitum-condena,* del adquirente cómplice, a la indemnización del acreedor en la misma medida del perjuicio que le haya causado el acto de disposición fraudulento. Nosotros creemos que esta es la única solución

(46 *a*) Cfr. nuestra «Teor. gen. neg. giurid.», § 3; pp. 67-69; § 27, sub 3; página 231-33.

que respeta el contenido preceptivo de la ley en cuanto protege al adquirente a título oneroso de buena fe. Si en vez de ello el adquirente no lo es a título oneroso, sino a título lucrativo la buena fe no se toma en consideración, y la rescisión se opera frente a él, cualquiera que sea el estado subjetivo de conocimiento o de desconocimiento que haya presidido su conducta.

Sobre este punto hemos encontrado y señalamos un principio que ha sido afirmado por el Tribunal de Casación en sentencia de 10 de marzo de 1950, número 624 (47); principio que dice: "La sentencia que estima la demanda revocatoria tenía en el Código de 1865 y tiene en el actual Código una eficacia limitada al no hacer inválido el acto concluido fraudulentamente, con lo que el bien enajenado no entra de nuevo en el patrimonio del enajenante, sino que permanece en el patrimonio del comprador, y la enajenación resulta ineficaz únicamente frente al acreedor que interpone demanda revocatoria, el cual tiene en la sentencia el título para ejercitar la acción ejecutiva sobre bienes que han sido enajenados en fraude de sus derechos" —¡principio que es perfectamente exacto! Y a continuación la misma sentencia añade, respondiendo a la pregunta: ¿en qué posición viene a encontrarse el tercer subadquirente"? El tercero, propietario del inmueble, cuya enajenación por parte del deudor ha sido revocada por fraude, llega a encontrarse en situación análoga a la del tercer poseedor del inmueble hipotecado y tiene interés en liberar al inmueble del peligro de resultar expropiado ofreciendo al acreedor el pago de la suma que le es debida por el deudor". Ahora bien, sobre esta segunda máxima deben hacerse algunas reservas. En principio debe suponerse que el adquirente que la sentencia tiene presente es un adquirente (48) que sufre los efectos de la acción revocatoria; es decir, no se piensa en un adquirente a título oneroso y de

(47) In *Mass Foro it.*, del 1950, p. 137.

(48) No hemos podido ver la sentencia por extenso.

buena fe anterior a la anotación de la acción revocatoria (49). Si se tratase de un adquirente que reuniera estas condiciones no podría verse constreñido a ofrecer la indemnización para salvar su adquisición, porque la ley pone a salvo, sin más, esta adquisición y no la subordina a ningún deber de indemnizar al acreedor defraudado. Entonces, en ese caso, cabe preguntarse a cargo de quién debe ponerse este deber de indemnizar. Indudablemente a cargo del deudor que ha llevado a cabo el acto de disposición, ya que el fundamento de la demanda de revocación no puede llevar al juez a hacer un pronunciamiento de rescisión, en cuanto esta declaración no podría operar frente a un subadquirente de buena fe. En este caso se produce una conversión en la demanda revocatoria que se resuelve en una demanda de condena del deudor, condena a la indemnización correspondiente al perjuicio (*eventus damni*) que el acreedor demuestre haber sufrido como consecuencia del acto de disposición. Y esta es, según creemos, la solución que responde al sistema de la ley. Ahora es el momento de examinar también otros puntos, pero no creemos que sea necesario pasar más allá de las precisiones en que nos hemos extendido sobre la legitimación pasiva del deudor, del adquirente inmediato y eventualmente del subadquirente, las cuales son suficientes para ilustrarnos decisivamente sobre la índole de la acción revocatoria (50). La cual —repetimos— no es una acción de nulidad, ni tampoco de anu-

(49) La máxima podría referirse al caso de un adquirente (o subadquirente) de buena fe que fuese todavía deudor del precio. Y aun entonces nos parece poco adecuada. No creemos que tal adquirente deba pagar dos veces.

(50) Un tanto diferente es la opinión de CICU en la *Riv. dir. comm.*, 1934, II, 126-28; 135-36. Dicho autor no solamente combate la tesis de CARNELUTTI de un traspaso «cum onere» de la cosa enajenada en el patrimonio del adquirente (y en esta crítica cabría estar de acuerdo; cfr. también CORRADO, en *Riv. dir. comm.*, 1947, 116), sino que tampoco admite la legitimación pasiva del adquirente y del subadquirente, si no es precisamente bajo el perfil de un «petitum» que tiende a destruir el acto de adquisición; y sostiene que la buena fe del adquirente no es un acto constitutivo de su adquisición, sino que la mala fe es un acto impeditivo de su eficacia frente a los acreedores.

labilidad: es un derecho potestativo que atiende a obtener la rescisión de una adquisición ya operada en la medida en que el mismo se manifieste como lesivo de la garantía patrimonial que corresponde a los acreedores sobre el patrimonio del deudor.

§ XVI

SECUESTRO CONSERVATIVO

Función de la acción de seguridad tendente a medidas provisorias cautelares. Crítica de las teorías que afirman la existencia de un derecho general de prenda sobre el patrimonio y de la que, por el contrario, cree que se trata simplemente de una acción. Discusión del problema. Presupuestos del secuestro conservativo: «fumus boni juris» (causa petendi), «periculum in mora» (interés en la acción) «petitum» (medida cautelar). Responsabilidad de la persona que insta el embargo.

Continuando el estudio de los demás remedios que corresponden a los acreedores para la tutela de sus créditos vamos a enfrentarnos con el secuestro conservativo (o embargo preventivo) [48]. Este medio de conservación de la garantía patrimonial ha encontrado su sede, en el actual Código civil, inmediatamente después de la acción subrogatoria y de la acción revocatoria. Según el artículo 2.905, el acreedor puede pedir el secuestro conservativo de los bienes del deudor, y en el caso de que se ejercite la acción para obtener la declaración de ineficacia de la enajenación efectuada por el deudor a favor de un tercero, el acreedor puede pedir el secuestro incluso frente a éstos [49]. Según lo dispuesto en el artículo 2.906 son inoperantes frente al acreedor secuestrante, las enajenaciones y los demás actos que tienen por objeto la cosa

[48] Debe advertirse que en Derecho español, el secuestro conservativo recibe el nombre de preventivo en la terminología de la E. C., mientras que en el C. c. se le llama depósito judicial o secuestro (art. 1.785).

[49] En el Derecho español este aspecto de la institución se regula en los artículos 1.397 y 1.399 C. c.

secuestra. Son también ineficaces frente al acreedor que no los reconozca los pagos efectuados.

La derivación histórica del secuestro conservativo debe buscarse en la figura de la pignoración privada del antiguo Derecho germánico (el acreedor insatisfecho tomaba en prenda, por propia autoridad, los bienes del deudor), elaborada después por el Derecho común (1). Con el transcurso del tiempo se observa que era lícito este acto de autotutela privada, por lo que se llega a exigir primeramente la aprobación de la autoridad judicial y posteriormente su autorización previa, que por otra parte no suponía declaración de derechos a favor del acreedor. Si en el plano histórico el origen del secuestro conservativo debe buscarse en el antiguo acto de pignoración indicado, en el sistema de la tutela jurisdiccional vigente en el Derecho actual debe justificarse conjuntamente con otras medidas de carácter temporal y urgente que la doctrina viene agrupando bajo la denominación técnica de "medidas provisorias cautelares" (2). Son medidas de este tipo la que, según lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 2.409, se autoriza a tomar a los Tribunales, a instancia de socios que representen al menos un décimo del capital social, para la declaración de las irregularidades denunciadas previa inspección de la administración; o también las que toma la autoridad judicial con el fin de asegurar a la persona necesitada y con derecho a alimentos la satisfacción de los mismos (art. 443, del Cód. civ.) [50], o las medidas temporales y urgentes que el presidente del tribunal decrete en interés de los cónyuges y de la prole en el procedimiento de separación personal de los cónyuges (art. 708, Cód. proc. civ.) [51]. Pero sobre todo

(1) WACH, «Dir. italienische Arrestprozess», 1880. Institución singular era en el antiguo Derecho romano la «legis actio per pignoris capionem».

(2) CHIOVENDA, «Principi di dir. proc. civ.», § 8; nuestro «Dir. proces. civ. it.», p. 571; CICU, «L'obbligaz. n. patr. d. deb.», 2.ª ed., pp. 112-16.

[50] Supuestos que toma en consideración el artículo 145, p. 2, C. c.

[51] Supuestos regulados en los artículos 67 y 68 C. c.

debemos intentar resolver una cuestión constructiva que se presenta en el estudio de este remedio: ¿qué función tiene la acción —empleando una terminología romanista— que tienda a obtener una medida provisoria cautelar? Y ¿qué función tiene en sí la medida provisoria cautelar, como forma de tutela jurisdiccional?

Respondiendo en primer lugar a esta última cuestión, diremos que la medida provisoria cautelar tiene una función, ora preventiva, ora de aseguramiento, en cuanto puede servir ya para prevenir la inobservancia del vínculo jurídico, ya a asegurar para el futuro la observancia de dicho vínculo. Pero por lo que se refiere a la particular medida provisoria cautelar en que el secuestro conservativo consiste, han sido sostenidas dos teorías opuestas: teorías que, a nuestro parecer, deben ambas ser rechazadas por unilaterales. Una teoría que podremos calficar como de Derecho sustancial (3), la cual encuentra en la acción dirigida a obtener el secuestro conservativo una manifestación de un derecho general de prenda que correspondería al acreedor como tal sobre todos los bienes del deudor. La otra teoría que podremos llamar procesal, sostenida en su día por CHIOVENDA (4), cuando éste elaboró su teoría de la mera acción y, más tarde, recogida por CARNELUTTI (5), en el marco de una concepción más radical en sus premisas procesalistas, que atribuía al Derecho procesal, más bien que al sustancial, no sólo la acción de aseguramiento tendente a provocar el secuestro conservativo, sino también la acción subrogatoria y la misma acción revocatoria.

No hay necesidad de volver a examinar la primera opinión expuesta para rechazarla, ya que a su tiempo (5 a), hemos

---

(3) Rocco, en *Riv. dir. comm.*, 1910, 690 y ss. «Il fallimento. Teoria gen. ed. origine storica», nn. 15-20.

(4) «Principii», § 8, p. 225; «Istituzioni», I, p. 242.

(5) En *Studi in onore Chiovenda*, 1927, pp. 293-296 («Dir. ed. proccesso nella teoria d. obblig.», n. 29).

(5 *a*) En esta «Teoria gen. d. obblig.», Secc. II, n. 33, p. 146 y ss.

analizado aquel segundo momento en la estructura de la relación obligacional que consiste, del lado pasivo, en la responsabilidad, y del lado activo en la garantía patrimonial. Ahora vemos (5 b) que la relación de obligación tiene esto de característico: que en ella la responsabilidad está preconstituida al incumplimiento. Y en verdad el mismo artículo 2.740, que disciplina la garantía patrimonial, establece que el deudor responde del incumplimiento con todos sus bienes: lo que significa que esta responsabilidad suya está preconstituida así por el hecho del incumplimiento. Otro artículo determina cuales sean los presupuestos de la responsabilidad que deriva del incumplimiento y se trata de un precepto muy diferente; el artículo 1.218. Así, pues, no existe ninguna exigencia de recurrir a un pretendido derecho general de prenda sobre el patrimonio del deudor que está justicada; se trata más bien de un aspecto que podremos llamar aspecto ulterior o sancionatorio de la relación de obligación; el cual supone no solamente deber de prestación y correspondiente expectativa de prestación (o crédito) por parte del acreedor, sino también una responsabilidad que está coordinada al débito y una expectativa de satisfacción que está coordinada a una expectativa de prestación. En el caso de que la prestación esperada no sea cumplida, el acreedor tiene el poder, que está en el mismo derecho de obligación, de satisfacerse sobre los bienes, sin necesidad de cooperación alguna por parte del deudor.

Y entramos ahora en la teoría procesalista, no en la forma, digamos, más rigurosa y —nos atreveríamos a llamar— exagerada que se ha dado a la misma por CARNELUTTI: porque bajo esta forma la objeción que la teoría encuentra es de principio. La objeción, en efecto, consiste en ésto: que la sanción es algo que forma parte del mismo Derecho sustantivo, mientras que el ordenamiento procesal otorga solamente los poderes y los medios para realizar aquella sanción que el Derecho sustancial atribuye y prevé. Así que si se intenta atri-

(5 *b*) Idem, n. 14, p. 43; n. 16, pp. 60-65; n. 27, pp. 118-125.

buir al ordenamiento procesal, no sólo el poder de promover la actuación de la sanción, sino también la misma sanción, y se cae evidentemente en un erro de perspectiva cuando no se tiene presente este punto decisivo: es decir, que la sanción que se trata de actuar a través del proceso, debe ser preconstituida al proceso y prevista por el mismo Derecho sustantivo (5 c). A la que efectivamente vamos a referirnos es a la teoría, quizá más difícil de refutar, sostenida por CHIOVENDA; la cual identifica en la acción de aseguramiento tendente a una medida provisaria cautelar una "mera acción".

Veamos en qué sentido califica CHIOVENDA de "mera acción" la acción que se dirige a obtener una medida provisoria cautelar como también la acción dirigida a una declaración con prevalente función ejecutiva. CHIOVENDA la califica de "mera acción" porque parte de una premisa que nosotros no podemos compartir: si bien en la acción normal (ej. la acción de condena) existe una precisa coordinación entre, de una parte, el Derecho sustancial (por ejemplo el derecho de obligación y de otra la acción que atiende a la actuación del mismo Derecho sustancial con independencia de la voluntad del obligado, pues bien todo este modo de ver se viene abajo con la teoría sustancial de la acción, que encuentra en la acción algo así como el aspecto procesal del mismo derecho subjetivo. Observemos que esta construcción no responde a la elaboración más reciente del Derecho procesal civil. Esta reciente elaboración de la doctrina procesalista ha llegado a concebir la acción omo un poder procesal; poder que está coordinado a un interés que se distingue netamente del interés que constituye el contenido del derecho subjetivo, es decir, del interés en actuar. En toda nuestra obra partimos siempre de la noción de derecho subjetivo como poder jurídico que corresponde al sujeto de derecho y tiene por contenido un interés típico de dicho sujeto. Ahora bien, el interés de obrar, como

(5 c) Idem, n. 27, pp. 118-125, y se volverá sobre ello más adelante en el § XIX.

contenido del derecho procesal de acción, es algo que se distingue netamente del interés que constituye el contenido del derecho subjetivo que la acción viene a actuar (se distingue sin dificultad, tratándose de obligaciones; aquí el interés del acreedor a la cooperación debida es bien distinto del interés del mismo acreedor con relación a la condena del deudor que no cumple; el interés en la condena, interés de conseguir una condena, evidentemente, atiende a algo esencialmente diferente del interés en la cooperación, y no puede confundirse con éste último).

Ahora bien, esta relativa independencia y coordinación que debe admitirse entre el poder procesal de acción y el derecho sustancial, es algo válido, no sólo para la acción dirigida a declaraciones con prevalente función ejecutiva, sino que vale también para la misma acción de condena. Porque incluso cuando el acreedor cita a juicio al deudor pidiendo su condena, su acción como poder procesal, está dirigida a hacer valer, es decir, a perfilar en juicio en forma de pretensión, el derecho a la prestación que él afirma corresponderle. Pero no es que la acción de condena exista en cuanto haya un derecho a la prestación; si ésto es así es algo que resultará después de tramitado todo el procedimiento; pues bien, si un poder jurídico puede ser legítimamente ejercitado —tan legítimamente, que el juez debe examinar la demanda de quien afirma ser acreedor antes incluso de haber podido determinar si tiene o no razón— evidentemente dicho poder juridico subsiste con esta sola condición: la de presentar el derecho a la prestación como un derecho *afirmado,* como un derecho que se hace valer. Si la afirmación de que la prestación que se hace valer está, efectivamente, fundada es algo que resultará al final del proceso; pero entre tanto el sólo hecho de haber podido hacer comparecer en juicio al pretendido deudor y haberlo podido someter al examen del juez supone que hay, por parte de quien toma la iniciativa en el proceso, un poder de carácter instrumental, es decir, procesal que está subordinado a un

cierto interés; interés que no se confunde en absoluto con el que constituye el contenido del derecho sujetivo (6).

La verdad es que el acreedor que promueve un proceso, sea de condena, sea ejercitando la acción revocatoria, o sea, no menos para pedir una medida provisorial y urgente o para una medida provisoria cautelar, debe invocar una relación de derecho sustancial que es precisamente la relación obligacional; pero su poder como poder procesal no depende de la existencia de aquella relación sustancial. El juez está obligado a tomar en consideración y examinar la pretensión que se le somete independientemente de su fundamentación efectiva, es decir de si ya está demostrada la existencia del derecho sustancial en que se apoya (6 a). La ley procesal concede el medio, pero no asegura que se alcance el fin.

Así que de ello se deduce, concluyendo nuestra crítica, que no es cierto que en algunos casos existan meras acciones —como pretende CHIOVENDA— y que en otros casos haya acciones que están unidas al derecho sustancial en el sentido de que la posibilidad de ejercitarlos dependa de la efectiva subsistencia del derecho que con la misma se invoca. Por otra parte, ninguna acción, ni siquiera la así llamada, puede calificarse de "mera", en el sentido de que sea completamente independiente de toda invocación de derecho sustancial que le sirva de apoyo. Un poder abstracto de acción en este sentido no existe (contrariamente a lo que algunos pretenden); la acción es siempre un poder causal. Al ejercitar la acción, el que toma la iniciativa en el proceso debe siempre invocar una concreta situación de derecho substancial que justifica en hipótesis la medida jurisdiccional que reclama. El acreedor que pide en juicio una condena debe invocar una relación de obligación y afirmar que la deuda está vencida, que el

(6) Sobre este punto cfr. nuestro estudio «Pretensión y acción», en *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, p. 205, y nuestro «Dir. proc. civ. it.» (1936), § 6, nn: 6-19, pp. 67-84.

(6 *a*) Nuestro «Dir. proc. civ.», pp. 81-84; 571 y s.

deudor no ha cumplido sin que exista una causa externa a él y no imputable que le haya impedido cumplir; todas estas afirmaciones son las que tiene el actor que sostener al tomar la iniciativa en el proceso; esta es su carga. De esta forma podríamos concluir que todas las acciones son, en cierto sentido, "meras acciones", en cuanto no están ligadas a la existencia de la relación sustancial que con ellas se hace valer, y viceversa, en otro sentido, no existe una acción que corresponda así, abstractamente, sin que deba invocarse una concreta acción de derecho sustancial idónea como tesis, dejando aparte la fundamentación de derecho de la tesis misma, para justificar la medida jurisdiccional que se pide al juez.

Dicho ésto, podemos aplicar aquí, para una más precisa caracterización de la acción de aseguramiento dirigida al obtener un secuestro conservativo, el análisis que realizamos para la acción subrogatoria (en el § XIV). Para la acción de aseguramiento dirigida a obtener el secuestro conservativo pueden hacerse igualmente las mismas investigaciones: *a)* interés que se actúa, luego *b)* legitimación activa y pasiva, y posteriormente *c)* la causa pretendi, para acabar, *d)* con el *petitum,* en el que debemos atender al especial tipo de medida que se solicita con la demanda.

a) Por lo que respecta al interés para actuar, si tenemos presentes las disposiciones del Código civil que anteriormente hemos indicado, podemos brevemente decir que el interés que se actúa nos viene dado por, el momento, de peligro que amenaza a un interés propio jurídicamente tutelado; peligro que en el secuestro conservativo está dado por una situación de hecho apta para provocar el fundado temor de perder la garantía del crédito (7); temor que puede estar justificado, incluso por el simple retraso *(periculum in mora).*

b) En cuanto a la legítimación activa nos viene dada en

(7) En el mismo sentido A. CONIGLIO, «Il sequestro judiziario e conservativo 1942» (8.ª ed., 1948), nn. 35-36, pp. 62-65; SCAGLIONI, «Il sequestro nel proc. civ.», 1941, p. 106 y ss.; «Dir. proc. civ.», 1936, p. 18 y ss:

virtud de la afirmada titularidad del derecho de obligación, es decir, del crédito que se presume puesto en peligro; mientras que la legitimación pasiva deriva de la condición de deudor, incluso cuando se interponga la demanda para declarar la ineficacia de la enajenación (2.905). En esta segunda hipótesis se acumulan la demanda revocatoria, interpuesta frente al tercero, y la demanda de una medida cautelar dirigida a impedir que el bien pueda ser sustraído materialmente a la garantía de los acreedores.

c) La causa *petendi,* entendida como la pretensión que se hace valer en juicio, consiste aquí en la invocación de aquella relación de obligación que se debe justificar a través del comúnmente llamado *fumus boni juris,* que debe ser entendido como superficial demostración de la existencia del crédito que se considera amenazado (8).

d) Por último, el *petitum,* entendido como objetivo que se propone la demanda de secuestro conservativo, es la medida judicial de aseguramiento que debe servir precisamente para poner fin a aquel estado de peligro de la garantía patrimonial.

Sobre la base de estas nociones podemos entender sin dificultad la sumaria regulación que está destinada al secuestro conservativo en los artículos 2.905-6, y también la regulación del procedimiento, que debe irse a buscar al *Codice di Procedura Civile* [52]. Así a los efectos del artículo 2.906 no tienen efecto en perjuicio del acreedor, que ha pedido el secuestro, las enajenaciones y los demás actos que tengan por objeto la cosa secuestrada, de conformidad con las reglas establecidas para la prenda. De forma que a imagen de la prenda se opera con esta medida una indisponibilidad del bien a cargo del deudor contra el que se ha obtenido el secuestro, pro-

(8) ANDREOLI, «Commento cod. civ. Scialoja-Branca», en *Tutela dei diritti,* artículos 2.900-2,969, p. 274.

[52] En el Derecho español se encuentra regulada esta institución en los artículos 1.397 y siguientes L. E. C. y 1.785 C. c.

duciéndose análogamente este efecto: impedir enajenaciones o demás actos de disposición que tengan por objeto la cosa secuestrada, en la medida en que puedan causar un perjuicio al acreedor secuestrante. No es eficaz frente al acreedor que se opone al pago cumplido por el deudor, siempre que la oposición se ejercite en los casos y con las formas establecidas por la Ley. La oposición a un pago que el deudor intentase llevar a cabo produce, por consiguiente —como defensa preventiva—, efectos análogos a los del secuestro conservativo con relación a los bienes. Debe notarse que el vínculo de indisponibilidad (9) opera retroactivamente al momento de la demanda de secuestro, uniéndose a manera de *conditio juris* a la resolución que concede dicha medida cautelar, esto es a la resolución que le decreta, y dejando a salvo siempre la responsabilidad del secuestrante (9 a).

Examinada la naturaleza jurídica del secuestro conservativo y dibujados sus perfiles jurídicos, nos quedan reseñar las normas del *Codice di Procedura civile,* a que se refiere el artículo 2.905 del *Codice civile;* en particular las de los artículos 671, 680, 681, Según el artículo 671 el juez puede autorizar, a instancia del acreedor que tiene el fundado temor de perder la garantía del propio crédito, el secuestro conservativo de los bienes muebles o inmuebles del deudor o de sumas y cosas que le son debidas en los límites puestos por la ley para el embargo. Este artículo 671 pone de manifiesto el interés que actúa el acreedor; nace de una situación adecuada para justificar el temor de perder la garantía del crédito. Antes de pasar a los artículos 680 y 681, dejando aparte las demás disposiciones que regulan, desde un punto de vista puramente formal, el procedimiento cautelar de secuestro debemos prestar especial atención al número 2.º del artículo 670 del Código civil. La ley, en materia de secuestro judicial, dispone que el juez puede autorizarlo, incluso sobre los libros registros, modelos, documentos, muestras y sobre toda otra cosa de que se pre-

(9) CONIGLIO, «Sequestro», nn. 103-107.

(9 *a*) Aquí termina la lección 39 explicada el 2 de abril de 1955.

tenda deducir algún elemento de prueba, cuando esta controvertido el derecho a la exhibición o a la comunicación, y es oportuno proveer a su custodia. De cara a esta hipótesis CARNELUTTI (10) ha sostenido que en ellas no nos hallamos frente a un caso de secuestro judicial, sino de secuestro conservativo, porque libros, registros, etc., son bienes apreciables, tanto como los otros, en la vida del derecho y fuera del proceso. Si esto puede ser exacto, no parece, sin embargo, que deba adoptarse la tesis indicada, porque en el secuestro conservativo no existe identidad entre el bien sobre el que recae la medida cautelar y el bien que corresponde al acreedor en virtud de su crédito. En la hipótesis prevista en el número 2.º del artículo 670, libros, registros, documentos, etc., son efectivamente bienes, pero precisamente sobre ellos recae la expectativa primaria del acreedor, mientras que en el secuestro conservativo el acreedor pide sólo que la garantía patrimonial no llegue a disminuir. Falta en esta última hipótesis un objeto específico, como por el contrario aparece en el secuestro judicial (11).

Los artículos 680 y 681 prevén que la medida provisoria cautelar sea convalidada con anterioridad al proceso, o durante su curso. En la primera hipótesis, una vez autorizado el secuestro, el acreedor secuestrante en el término de quince días a partir de aquél en que se ha cumplido el primer acto de ejecución, debe citar al secuestrado para la convalidación del secuestro y para el juicio correspondiente, ante el juez competente para conocer de este último. En la segunda hipótesis debe distinguirse el caso de un secuestro conservativo autorizado por medio de ordenanza y el de un secuestro, siempre durante el proceso que queda autorizado por un decreto. En el primer caso el Juez cita para tratar de las cuestiones relativas a la convalidación, las cuales normalmente se deciden con-

(10) «Istituzioni dir. proc.», I, n. 45.

(11) ANDREOLI, «In tema di sequestro di registri appartenenti a terzi», en *Foro it.*, 1946, I, 880; en *Comm. coc. civ. Scialoja-Branca*, «Tutela dei diritti». artículos 2.900-2.965, p. 273.

juntamente con la cuestión principal; en el secundo caso, el secuestrante, una vez realizado el primer acto de ejecución, debe inmediatametne pedir al juez que cite a su presencia para resolver el asunto principal. El Juez termina la audiencia señalando al actor un término perentorio para la notificación de las respectivas medidas de secuestro y citación. De este sistema se deduce que, si es suficiente para obtener una medida de secuestro la demostración somera del *periculum in mora* y del *fumus boni juris,* es también necesario, para que la medida cautelar concedida devenga eficaz, que se pruebe la afirmada relación entre la medida cautelar y el derecho de crédito, en tutela del cual ha sido concedida dicha medida.

Ciertamente quien solicita el secuestro trata de evitar un riesgo. Si el Juez en el momento de la convalidación encontrase infundada la demanda, por ejemplo porque no existía el interés en actuar (por inexistencia de peligro) o por que resultase engañoso el *fumus boni juris,* el actor incurre en una responsabilidad. Conviene recordar que, según lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 683 el secuestro pierde su eficacia si, por sentencia firme, se dé claramente inexistente el derecho para cuya cautela había sido concedido el secuestro. Viene así a caer la causa petendi de la acción asegurativa, aducida a su tiempo para obtener el secuestro conservativo. Bajo el imperio del antiguo código se cuestionaba acerca de la responsabilidad del secuestrante y el fundamento del resarcimiento de daños a que tenía derecho el presunto deudor cuando fuese declarado injustificado el secuestro concedido debido a la inexistencia del derecho de crédito en el secuestrante. Algunos lo fundaban en el principio del daño imputable a una culpa, otros, como CHIOVENDA, al hecho objetivo de la falta de causa, incluso no imputable a una culpa del acreedor que fuese concretamente demostrada (12). A nuestro parecer, en

(12) Sobre la cuestión véase CONIGLIO, «Il sequestro», n. 123, pp. 224-26; ANDREOLI, «Comentarios», en *Cod. civ.*, sub art. 96. Además en *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca,* arts. 2.900-2.969, 280. ANDREOLI sostiene que el efecto consiguiente a la ejecución del secuestro es la condena del acreedor que haya

la hipótesis de ineficacia del secuestro por falta de causa debemos fundarnos en el criterio de la autorresponsabilidad que deriva del poder de iniciativa reconocido por la ley al acreedor que pretenda conservar íntegra su garantía patrimonial (13).

En resumen, una vez terminado el examen de los tres medios de conservación de la garantía patrimonial, podemos decir que la única acción asegurativa, propiamente dicha, es la que se dirige al secuestro conservativo, no correspondiendo dicha caracterización a la figura que examinamos, como tampoco corresponde a las acciones subrogatorias y revocatoria la caracterización de acciones ejecutivas (14).

---

obrado sin la normal prudencia (art. 96 c. pr. c.) al resarcimiento de los daños; y éste es un compromiso con la teoría de la responsabilidad objetiva, que hace muy difícil la aplicación de la norma.

(13) Además el secuestro pierde su eficacia, hayan sido respetadas las normas previstas por los artículos 680-681 o cuando el juicio haya terminado (683). Dado que se trata de una medida cautelar que no constituye un fin en sí misma, es lógico que una vez que haya desaparecido la posibilidad de obtener la declaración de la relación caiga toda justificación del secuestro

(14) Como hace notar SATTA («Struttura del sequestro conservativo», en *Foro it.*, 1939, I, 73-76), en la generalidad de los casos acaece que las condiciones de fondo de la provisión quedan absorbidas por las condiciones de convalidación, lo que hace imposible una valoración separada; pero no siempre es así: puede ocurrir que, hecha abstracción de la discrecionalidad genérica del juez, pueda aislarse un específico motivo determinante que se halle en contraste con normas limitativas de aquel arbitrio judicial. En tal caso, la provisión debería someterse a un doble control: uno relativo a la valoración de las condiciones de fondo, susceptible de conducir a una reforma de las mismas, y otro concerniente a las condiciones de aamisibilidad, que conduce a la revocación o a la convalidación.

Cuestiones particulares se hallan tratadas en los siguientes trabajos: NEGRO, «Sequestro conservativo per credito eventuale», en *Giur. it.*, 1950, IV, 17-23; LANCELLOTTI, «In tema di "fumus boni juris" per la concessione e la convalida del sequestro conservativo», en *Giur. it.*, 1950, I, 1, 709 y siguiente; «Sequestro conservativo, credito sottoposto a condizione e credito eventuale», en *Giur. it.*, 1950, I, 2, 47-51; SBAIZ, «Cose e questione in materia di sequestro», en *Riv. trim. dir. pr. civ.*, 1947, 99-105; 392-402.

§ XVII

BENEFICIO DE LA SEPARACION DE BIENES DEL DIFUNTO EN FAVOR DE LOS BIENES DEL HEREDERO

Legitimación de los acreedores de la herencia frente al heredero y sus acreedores: preferencia y exclusión. Exégesis de los artículos 512-514. Prohibición de aprovechar la reducción (art. 557-564).

Este cuarto medio de conservación de la garantía patrimonial que corresponde al acreedor encuentra su régimen legal en los artículos 512 a 518 del Código civil. Para darnos cuenta del alcance de esta medida defensiva que la ley pone a disposición de los acreedores del difunto y de los legatarios (1), debemos tener presente los efectos de la aceptación de la herencia. Cuando el llamado a la herencia por la ley o por el testamento (457) [53] acepta pura y simplemente (no con beneficio de inventario: arts. 484 a 511), se opera una confusión del patrimonio del difunto con el del heredero, de modo que las relaciones provenientes de los patrimonios vienen a concluir en un mismo titular. Puede suceder que el heredero esté de tal modo cargado de deudas personales, que una vez producida la confusión de ambos patrimonios, surja para

(1) Defensa que se dirige siempre contra el riesgo de una insolvencia, posible por la crecida masa de los acreedores. BARASSI, «Teoria gen. obblig.», III, n. 284, sub d, p. 217.

[53] Las fuentes de la vocación hereditaria se encuentran enunciadas en el C. c. en el artículo 658.

los acreedores del mismo la posibilidad de dirigirse mediante la ejecución, contra los bienes de la herencia con la finalidad de satisfacer sus expectativas. Para evitar este efecto perjudicial para los acreedores del difunto, la ley les confiere el derecho potestativo de solicitar la separación de los bienes del difunto; derecho que tiende no tanto a rescindir los efectos de la aceptación, sino a obtener una relativa autonomía del patrimonio hereditario respecto del patrimonio del heredero. La función, por consiguiente, de la separación de bienes del difunto de los del heredero es la de asegurar a los acreedores del primero la facultad de satisfacerse sobre el patrimonio hereditario "con preferencia a los acreedores del heredero" —artículo 512, que pone sobre el mismo plano de los acreedores que piden la separación a los legatarios que la insten—. La dicción de la ley es sin duda poco feliz, en cuanto a la expresión "con preferencia" podría hacer pensar que siempre resulta posible un concurso entre los acreedores del difunto que ejercitan este beneficio y los acreedores del heredero. Y esto no es exacto; el ejercicio del derecho potestativo reconocido a los primeros hace que los acreedores del heredero resulten excluidos frente a ellos, precisamente porque la separación de bienes tiende a separa en orden a la garantía patrimonial los bienes que forman parte de los respectivos patrimonios del difunto y del heredero. Quedará, cuando más, una posibilidad de satisfacción por parte de los acreedores del heredero, sobre los bienes del difunto, cuando, satisfechos los acreedores de la herencia que hayan ejercitado la separación, queden remanentes todavía en parte de los bienes separados o se trate de bienes no separados. Una razón de prelación se reconoce, por el contrario a los acreedores que ejercitan el beneficio de separación frente a los acreedores que no lo hayan ejercitado; pero de ello ya hablaremos más adelante.

El derecho a la separación corresponde incluso a los acreedores que tengan otras garantías sobre los bienes del difunto —512, 2.º párrafo—. La formulación de la ley ha hecho surgir algunas dudas; qué razón podría justificar un ejercicio por parte de un acreedor garantizado, por ejemplo, con una

hipoteca sobre bienes inmuebles del difunto. Evidentemente el sentido de la ley debe establecerse de la siguiente forma: Siempre que un acreedor garantizado estime que su garantía (hipoteca o prenda) no sea suficiente para satisfacer la propia espectativa, podrá solicitar la separación de los bienes del difunto.

En fin, el párrafo 3.º del artículo 512 elimina una duda que podría surgir al tener presente el comportamiento de los acreedores que ejercitan el derecho a la separación; podría llegarse a creer que, una vez separados los bienes del difunto de los del heredero, con ello los acreedores que hayan obtenido dicho beneficio renunciarían a hacer valer su expectativa de satisfacción sobre los bienes del heredero. Pero ello es un error; en efecto, basta que se tenga presente la función que cumple la separación de bienes, para asegurar la conservación de la garantía patrimonial (2.740) sobre los bienes del difunto y el interés prevalente del acreedor beneficiario sobre los bienes de la herencia, y de otra parte, los efectos de la aceptación pura y simple de una herencia, para convencernos de la posibilidad existente para los acreedores beneficiarios de satisfacerse igualmente sobre los bienes propios del heredero. En este nsentido resuelve la ley la posible duda. Si a los acreedores beneficiarios se les reconoce el poder de satisfacerse, incluso sobre los bienes propios del heredero, no se concede otro tanto por la ley a los acreedores del heredero sobre los bienes del difunto; y la diferencia se comprende. Al no tener frente a sí al originario deudor, los acreedores se encuentran en una situación de impotencia: razón por la que la ley les concede la facultad de excluir del concurso a los acreedores personales que no tenían ninguna pretensión de expectativa sobre el patrimonio hereditario, cuando concedieron sus créditos al heredero. Los acreedores del heredero, que ya por aceptar pura y símplemente podrán defenderse contra dicha aceptación, incluso poniendo su revocación una vez realizada (§ XV), al menos induciendo al heredero a aceptar con beneficio de inventario, del mismo modo que los acreedo-

res del renunciante pueden renovar la delación, pidiendo la revocación de su renuncia (524) [54].

El artículo 513 precisa que la separación puede ejercitarse incluso respecto de los bienes que constituyen el objeto de un legado específico. Con ello la ley ha entendido reafirmar el criterio de que todos los bienes que forman parte del patrimonio del difunto son separables incluso cuando estos formen o constituyan el objeto de un legado específico, en el cual se opera actualmente un traspaso automático de la propiedad a favor del legatario (art. 649) [55]). Algunos encuentran en esta norma una aplicación del aforismo *Nemo liberalis nisi liberatus*", que otros autores vienen a rechazar (2).

En la disciplina de la separación de los bienes del difunto, debe dedicarse especial atención al artículo 514, que ha sido objeto de vivísimas disputas (3). Se ha visto que en el conflicto entre acreedores beneficiarios y acreedores del heredero, los primeros excluyen del concurso a los segundos; debemos ahora ver las relaciones que existen entre los acreedores que hayan ejercitado la separación y la de aquellos otros acreedores del difunto que se hayan abstenido de hacerlo. La ley reconoce a los acreedores beneficiarios una preferencia frente a los otros, subordinada sin embargo a la siguiente condición: "cuando el valor de la parte de patrimonio no separada hubiera sido suficiente para satisfacer a los acreedores y legatarios no beneficiarios". ¿A qué obscura eventualidad alude el condicional "hubiera sido"? Creemos que alude a la hipótesis (destinada a resultar irreal) de que sobre la parte no separada los acreedores no beneficiarios no debieran —como

(2) CICU, «Sucessione per causa di morte», parte general, 1954, 299, 300, 319, 339.

(3) De las que da cuenta CICU, «Successione» (1.ª ed., poligr.), I, 278-83; II, 274 y siguientes.

[54] Análoga facultad se reconoce a los acreedores de quien renuncia a una herencia en el artículo 1.001 C. c.

[55] Al igual que dispone el artículo 882 C. c.

por el contrario deben— tolerar el concurso de los acreedores personales del heredero. Se alude a una suficiencia meramente virtual. Fuera de esta hipótesis de virtual suficiencia, los acreedores y los legatarios que no hayan ejercitado el beneficio pueden concurrir sobre la parte separada con los que han ejercitado la separación; pero si parte del patrimonio no ha sido separada, el valor de ésta se añade al precio de los bienes separados para determinar cuánto —en proporción— corresponde a cada uno de los concurrentes y así se considera como atribuido íntegramente a los acreedores y legatarios no beneficiarios.

A la vista de ésto CICU sostenía que el artículo 59 del libro sobre las Sucesiones, concerniente a este problema, debía ser eliminado, representando el principio de la preferencia absoluta. Pero ha resultado que el artículo 514, aunque haya modificado la fórmula no ha conseguido evitar los pretendidos defectos que achacaba al artículo 59. La crítica de CICU parte del examen de un pasaje de la Exposición del Código, que después de haber excluido la idea del procedimiento de liquidación y de haber conservado la demanda de separación como inscripción hipotecaria sobre bienes determinados por el valor correspondiente al montaje del cédito, habría admitido incongruentemente que la separación aproveche a quien no la ha pedido y habría encontrado lógico que los acreedores no beneficiarios se satisfagan, en caso de insuficiencia, de los bienes no separados, precisamente sobre los bienes separados. Si es verdad que el artículo 514 no ha adoptado la solución que propugnaba CICU (4), confirmando sustancialmente el criterio seguido ya por el artículo 59 del libro de las Sucesiones con el atemperamiento indicado en el primer párrafo, es igualmente cierto, a nuestro parecer, que el criterio seguido por el artículo 514 no es tan incongruente como parecía a CICU. Si tenemos presente la función a que tiende la separación de los bienes del difunto, es decir la excisión neta de los

(4) CICU, «Successione per causa di morte», parte general, 1954, 331.

bienes que forman parte del patrimonio hereditario de los del patrimonio del heredero para evitar que los acreedores de este último puedan hacer ilusorias las espectativas de satisfacción de los acreedores del difunto, podemos comprender que se haya permitido a los acreedores no beneficiarios el concurrir con los beneficiarios cuando la separación se haya operado sobre todos los bienes del patrimonio hereditario, o cuando la parte no separada resulte insuficiente (incluso en el caso de prescindir del concurso con los acreedores del heredero) para satisfacer a los acreedores no beneficiarios.

El artículo 514 configura la hipótesis de que sea objeto de separación una parte del patrimonio ,de forma que aún quede otra parte. En esta hipótesis los acreedores beneficiarios tienen derecho a satisfacerse con preferencia a los no beneficiarios, sólo en el caso de que la parte de patrimonio no separada haya sido suficiente para satisfacer a estos últimos.

En otros términos la ratio de la norma debe entenderse de la siguiente manera: no es justo que el acreedor no beneficiario, que habría podido ejercitar la separación sobre los bienes de la herencia (que mediante la aceptación se confunde con el del heredero con posibilidad a favor de los acreedores de éste de satisfacerse sobre los bienes hereditarios), deba concurrir, sin haber tomado ninguna iniciativa, en paridad de condiciones con los demás acreedores del difunto que hayan ejercitado la separación. Se comprende así también la fórmula condicional, porque no habiéndose ejercitado la separación de los bienes relictos, existe la posibilidad de que los acreedores del heredero lleguen a satisfacerse sobre los bienes del difunto adelantándose a los del decuyos, lo que se hace posible al producirse la confusión de patrimonios. Claramente creemos apreciar una analogía entre la norma del artículo 514 y las normas del Código procesal civil que regulan la expropiación e intervención de los acreedores (arg. art. 527 del Cód. proc. civ.). El párrafo segundo confirma el principio general del concurso entre acreedores beneficiarios y no beneficiarios con el mencionado atemperamiento contenido en

el primer párrafo a que hemos aludido. Allí donde, según el artículo 59 del libro de las Sucesiones, podía darse el caso de que el acreedor beneficiario se satisficiese por entero, y no lo consiguiese el beneficiario, en cuanto se admitía el concurso de los no beneficiarios por la parte que no hubieran podido satisfacerse, por el contrario, según el criterio adoptado por el artículo 514, párrafo 2.º, el valor de la parte no separada se añade al precio de la parte separada; pero el valor de los bienes no separados se considera como íntegramente atribuido a los no beneficiarios, que sólo por el resto concurre con los beneficiarios. De ello se deduce que a los últimos se les concede una preferencia absoluta únicamente en el caso de que los bienes no separados resulten suficientes (en el sentido antes indicado) para satisfacer a los acreedores que no han ejercitado la separación.

Si el derecho a la separación se construye como un derecho potestativo que se ejercita por la expectativa de satisfacción que corresponde a los acreedores de la herencia sobre los bienes del difunto, el derecho que nace del ejercicio de la separación *(ius ex separatione)* tiene, por el contrario, la estructura dogmática de un derecho real de garantía (5).

Siempre en el campo del Derecho de Sucesiones, debemos ahora prestar especial atención a los preceptos de los artículos 557 y 564. El artículo 557 en su último párrafo prohibe a los acreedores del difunto pedir la reducción y aprovecharse de ella, si el legitimario que tiene derecho a la reducción hubiera aceptado a beneficio de inventario. Se trata de un particular efecto que deriva de la aceptación a beneficio de inventario (484, y en particular el art. 490). Si el legitimario ha aceptado con beneficio de inventario ha limitado preventivamente su propia responsabilidad al *relictum,* es decir, a los bienes comprendidos en el as hereditario en el momento de la apertura de la sucesión, así como la expectativa de satis-

(5) Se remite a nuestro Curso de Derecho civil de 1927-28 (apuntes poligraficos), Milano. «Dir. di Successione», parte general.

facción de los acreedores tampoco puede exceder del *relictum*. Ellos podrán, por el contrario, aprovecharse del éxito de la reducción cuando el legitimario haya aceptado pura y simplemente: porque en este caso la responsabilidad del aceptante frente a los acreedores del difunto no encuentra límites, ni el heredero podrá excepcionar que los bienes han entrado en la masa por efecto de su derecho potestativo.

El significado de esta carga impuesta al legitimario encuentra confirmación en el artículo 564, que determina las condiciones para el ejercicio de la acción de reducción. Para nuestro estudio interesa solamente el primer párrafo. Afirmando la distinción entre legitimario que haya aceptado pura y simplemente, y legitimario que haya aceptado a beneficio de inventario, la ley establece que el primero no puede pedir la reducción de las donaciones y legados salvo el caso de que unos y otros hayan sido hechos a personas llamadas como coherederos. Esta derogación a la regla general encuentra su justificación en la situación de hecho y en el poder de control de los interesados; los herederos en cuanto tales han podido apreciar la entidad del patrimonio hereditario, de tal manera que se hace superflua la limitación de responsabilidad mediante el beneficio de inventario (6).

Con ellos hemos agotado el examen de los medios de defensa preventiva tendentes a mantener la función de la garantía patrimonial (2.740) constituida por los bienes del deudor. Junto a estos medios la ley coloca otros que no tienen alcance general y que vienen reunidos bajo la figura de las medidas provisorias cautelares (7).

---

(6) Para la *ratio iuris* de esta disciplina se reenvía a nuestra «Interpretazione della lege e degli atti giur», § 55, p. 198 y s.

(7) Sobre la controversia de las relaciones acreedores disidentes y no disidentes a que alude la norma del artículo 514, véase el estudio de AZZARITI, en *Riv. trim. dir. pr. civ.*», 1947, 195-213, y VALSECCHI, ivi, 1948, 530-39. Ello confirma que los no disidentes no concurren sobre bienes separados, salvo en cuanto a la cuota en que, en una liquidación de toda la masa de bienes, queden sin ser satisfechos o pagados, con tal que hayan ejercitado la separación sobre los demás bienes no separados.

§ XVIII

SUSTITUCION LEGAL DE UN CREDITO DEL DEUDOR ENCOMENDADA A LA INICIATIVA DEL ACREEDOR

Acoplamiento de relaciones y exteriorización. Problemas constructivos sobre el poder de apropiación conferido al acreedor. Doble orden de hipótesis: a) Dependencia de una relación obligacional en pleno vigor para aprestar un medio más rápido de satisfacción; b) Dependencia de una relación en condiciones de energía atenuada para proporcionar al acreedor un medio subrogado del «commodum obligationis».

Al perfilar la defensa preventiva de las obligaciones conviene estudiar otros medios que no tienden a mantener íntegra la garantía patrimonial como tal, sino que atienden a asegurar al acreedor —que se encuentre con el deudor en una relación asimilable con otra relación jurídica en la que el deudor sea acreedor de un tercero— un derecho potestativo, que consiste en el poder de apropiarse del crédito que corresponde al deudor contra un tercero. Por este trámite sirve para proporcionarle una sustitución de la prestación que ha devenido imposible con la pérdida del *commodum obligationis,* o también sirve para conferirle un medio de satisfacción más rápido. Se tiene en estas hipótesis una sustitución que no se opera *ope legis,* sino que está encomendada por la ley a la iniciativa del acreedor. Nos encontramos, en realidad, ante dos relaciones obligacionales concurrentes, en una de las cuales el mismo sujeto (A) es acreedor frente a (B) de una prestación, en todo o en parte, idéntica a aquella otra de la que él mismo es deudor frente a (C) en otra relación. Tratándose de

garantizar y de proporcionar la satisfacción del tercero (C), que en la segunda relación es acreedor frente al mismo sujeto (A), que es acreedor (frente a B) en la primera relación, se manifiesta claramente la conveniencia de realizar una combinación de las dos relaciones en interés del tercero: C, de modo que pueda el tercero conseguir cuanto le corresponde al deudor B, de su deudor A, con independencia del recurso que supone la acción subrogatoria (2.900), que se basa en la inercia del deudor.

Por otra parte se ha intentado explicar el fenómeno de la *cessio legis*, sin recurrir a la figura de la combinación de relaciones que nosotros hemos sostenido ya al tratar de la autonomía privada (1). Así V. SCIALOJA (2), a propósito de un caso de *cessio legis* (art. 1.676) explicaba el fenómeno recurriendo a un principio general de "compenetración" de dos relaciones obligatorias; y llegaba a ésto criticando una tesis de FADDA (3), que, dentro de la doctrina francesa, había buscado el fundamento de las acciones de los artífices frente al comitente en el enriquecimiento de este último, y veía en su sustitución una especie de acción subrogatoria. BARASSI (4), por su parte, explicaba el fenómeno recurriendo al criterio de una especie de *exosmosis*. Finalmente CARNELUTTI (5) encuentra en el caso del artículo 1.676 una hipótesis de acción subrogatoria ejecutiva privilegiada. En general, como ya hemos hecho notar con anterioridad (en el § XIII), es erróneo hablar de la acción subrogatoria como de una acción ejecutiva ordinaria; también es fuente de equívocos el hablar de acciones ejecutivas privilegiadas. Todo lo más podrá tratarse de una sustitución de la acción ejecutiva. Las dos relaciones obligatorias, repetimos, se conservan diferenciadas, aunque combinadas y concurrentes entre sí.

---

(1) «Teoria gen. del negozio giur.», 565.

(2) *Foro it.*, 1890, I, 534.

(3) *Foro it.*, 1890, I, 401.

(4) «Contrato di laboro», II, 612 y ss.

(5) *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, 200.

La subrogación legal (*cessio legis*) encomendada a la iniciativa del acreedor (C) frente al deudor (B) de su deudor (A), tiene lugar en dos órdenes de hipótesis: *a)* En dependencia de una relación obligacional en pleno vigor, para obtener en favor del acreedor un medio de satisfacción más rápido (hipótesis prevista en los arts. 1.705, cap. 1.676, 1.595, 1.717 último párrafo, 2.856 en relación con el 2.857, párrafo 3.º, 2.867); *b)* En dependencia de una relación obligacional (extinguida o en estado de energía atenuada) que no ha obtenido el fin de proporcionar al acreedor el *commodum obligationis,* para procurar el acreedor una sustitución de la prestación que no se ha obtenido (*commodum repraesentacionis* como diría FR. MOMMSEN) (6): hipótesis previstas en los artículos 1.259, 1.780, 1776, 2.038, 535).

Con estas dos especies de hipótesis puede señalarse también una tercera *c)* en la que se incluyen las hipótesis de subrogación por pago, según lo dispuesto en el artículo 1.203 núm. 5 (hipótesis previstas por el artículo 82 de la ley cambiaria, 1.796 c. p. v.; 1.762, párrafo 1.º, 1.916) [56]: en las cuales se tiene presente el fenómeno de una subrogación encomendada a la apreciación del interesado (C), en el crédito ajeno frente al tercer deudor (B), pero dependencia de una satisfacción a la que ha proveído él mismo en relación con un acreedor ,A(que puede ser, o no común. .

Por consiguiente distinguiremos: *a)* la hipótesis en la que, en dependencia de una relación obligacional plenamente eficaz se haya encomendado a la iniciativa del acreedor (C) una subrogación legal en la posición que a su deudor (A) corresponde como acreedor frente a un tercero (B); *b)* la hipótesis en la que en dependencia de una relación obligacional que no ha conseguido el fin de proporcionar al acreedor (C) el *commodum obligationis,* la ley atiende a procurarle una sustitución

(6) Sobre este particular ANDREOLI, «Commodum repraesentationis», en *Foro it.*, 1928, p. 417 y ss.

[56] En el C. c. español, el artículo 1.210.

de la prestación fallida, un *commodum repraesentationis*, según la terminología debida a FRIDRIECH MOMMSEN sobre el estudio de las fuentes romanas, haciendo subrogarse en el puesto a su deudor (A) le corresponde como acreedor frente a un tercero (B); *c)* la hipótesis, por fin, que en dependencia de una satisfacción conseguida por el interesado (C) frente a un acreedor común, o que no lo sea (A), la ley consienta al primero subrogarse en el lugar del acreedor satisfecho frente al deudor (B), así liberado.

Dicho todo esto, consideramos superfluo el descender a un examen exegético de los particulares artículos del código, según la sistematización que les hemos dado; queremos únicamente llamar la atención sobre algunos de estos artículos, que han sido objeto de estudio también por parte de otros autores, para pasar después a hacer algunas consideraciones generales sobre los dos primeros órdenes de hipótesis de subrogación legal.

En el primer orden de hipótesis (sub a) debe estudiarse lo dispuesto en el artículo 1.676 (1.645 del Código de 1.865) [57], que reconoce a cuantos dependen del contratista que hayan prestado su actividad para llevar a buen fin la bora o a prestar al servicio, el poder de hacer valer su derecho directamente frente al comitente, para conseguir cuanto les es debido, hasta la concurrencia del débito que dicho comitente tiene con el contratista. Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de este derecho (7); a nuestro parecer (8), a los auxiliares del contratista les reconoce la ley aquel derecho potestativo a la subrogación, o poder de apropiación del crédito, que puede encon-

(7) FADA en *Foro it.*, 1890, I, p. 401; SCIALOJA, véase en *Foro it.*, 1890, I, p. 534; BARASSI, «Contrato di lavoro», II, p. 612 y ss.; CARNELUTTI, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, p. 200; ABELLO, «Trattato delle locazione», IV, 441 y ss.; RUBINO, «L'appalto», 51, n. 35, el cual erróneamente sostiene una pretendida solidaridad pasiva del contratista y del comitente.

(8) «Teoria gen. d. negozio giur.», p. 565. GIORDANO, en *Riv. dir. commer.*, 1953, p. 107, se adhiere a nuestra tesis.

[57] El supuesto lo regula en nuestro Código civil el artículo 1.597.

trarse también en el artículo 1.705. Debe comprenderse dentro de este primer grupo la hipótesis que prevé el artículo 1.705 del mandato sin representación, en el que el mandatario asume en nombre propio las obligaciones y adquiere los derechos derivados del negocio que ha destinado con los terceros, aunque éstos hayan tenido conocimiento del mandato. Los terceros permanecen extraños a las relaciones internas entre mandante y mandatario: incluso la ley reconoce al mandante el derecho potestativo de apropiarse de los derechos de crédito derivados de la ejecución del mandato. Se tiene también en este caso un derecho potestativo a la subrogación o un poder de apropiación encomendado a la iniciativa del mandante. Ninguno mejor que el mandante, en cuyo interés se cumple el mandato, podrá darse cuenta de la oportunidad de ejercitar el indicado derecho potestativo. No debe creerse que la *cessio* necesaria admitida en esta hipótesis opere una adquisición traslativa también independientemente de la iniciativa del acreedor. Más bien opera una adquisición constitutiva, en función de limitación del derecho que el mandatario tiene frente a terceros. Nos encontramos también aquí frente a un acoplamiento de relaciones, pero en el tratamiento legal viene a constituirse una relación jurídica de límite entre mandante y mandatario, y con independencia de la valoración de los intereses en juego adoptado por la ley (9)

Otra norma que ha sido objeto de particular estudio por parte de la doctrina (10) es la del artículo 1.259, cuya previsión va colocada en el segundo orden de hipótesis (sub b). En el

(9) En este sentido argumenta el Dr. Francesco Paolo Nicita (matr. 44.287), en una disertación dada en noviembre de 1953 sobre la «cessio legis» encomendada a la iniciativa del interés dado, pp. 121-23, de acuerdo con la sentencia de Cass. de 25 de julio de 1950, en *Mass. Foro it.*, 1950, p. 424.

(10) ANDREOLI, «Note critiche in tema di subingresso», en *Studi Parmensi*, año III, pp. 131-150; L. COVIELLO, «Note critiche in materia di Obbliigaz», en *Annuar. di U. di Perugia*, 1946, p. 180 y ss.; A. FEDELE, «Il problema delle responsabilitá del terzo per pregiudizio del credito»; GIORDANO, «Sulla natura giurid, dell'azione del mandante verso il terzo debitore prevista dall'articulo 1.705 c. c.», en *Riv. dir. comm.*, 1953, p. 109 y ss.

caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación que tiene por objeto una cosa determinada, dependiente del hecho de un tercero, el deudor resulta liberado, pero el acreedor se subroga en los derechos que corresponden al deudor por razón del derecho del tercero, y puede exigir del deudor la restitución de cuanto éste haya conseguido a título de resarcimiento de daños. Alguno se ha detenido ante la dificultad de admitir una sustitución por la que el acreedor entrara en la posición de su deudor. Es claro que ello sucede en razón del crédito del deudor frente al tercero; pero es igualmente cierto que, mientras el tercero (B) haya pagado al propio acreedor (A), deudor a su vez de (C) se ha liberado en cuanto ha pagado a quien frente a él era legítimo acreedor. (En el conflicto de intereses entre deudor y verdadero acreedor, la ley da preferencia al deudor que paga de buena fe a quien se presenta como legítimo para exigírselo; pero aquí la situación es diferente: 1.189). Pero no resulta justo que el deudor, después de haber sido liberado frente a su acreedor, guarde para sí la suma que obtuvo a título de resarcimiento de daños; mayor título para tal suma tiene el acreedor que no ha alcanzado la satisfacción de su interés. Es verdad que el crédito que deriva del hecho doloso o culposo del tercero surge a favor del deudor. Pero, dado que éste en consecuencia de aquél hecho queda liberado frente al acreedor, una valoración comparativa de los intereses en conflicto induce a la ley a conferir al acreedor un poder de apropiación de aquel crédito nacido *ab initio* en cabeza del deudor: poder cuyo ejercicio queda encomendado a la iniciativa del mismo acreedor, que puede de esta forma conseguir una sustitución de la prestación que ha devenido imposible (*commodum repraesentationis*).

Dicho esto, vamos a intentar profundizar el problema resuelto en los dos órdenes de hipótesis de subrogación legal, que nosotros hemos reagrupado en los epígrafes *a)* y *b)*.

a) Por cuanto respecta al primer orden de hipótesis, debemos justificar nuestro diseño de la construcción propues-

ta por CARNELUTTI (11), que en el poder de subrogación que el actual artículo 1.676 confiere a los dependientes del contratista frente a comitente (y que en el sistema del viejo código se establecía por el art. 1.645), ve una hipótesis de acción subrogatoria; sólo que esta acción subrogatoria debería ser cualificada frente a la acción ordinaria prevista por el artículo 1.234 del Código de 1865 (actual art. 2.900), como una acción subrogatoria privilegiada. Esta construcción servía entonces a CARNELUTTI para excluir la posibilidad de una extensión analógica de la norma: decía que podía corresponder al subcontratista una subrogación únicamente sobre la base de la aplicación analógica del artículo 1.645, pero esta es, sin duda, una norma excepcional (decía él), en cuanto deroga precisamente la disposición general contenida en el artículo 1.949 del Código de 1865 (actual art. 2.740), la cual atribuye textualmente carácter de excepción a las disposiciones que estatuyen privilegios a favor del acreedor. Añadía CARNELUTTI: "Importa poco que, como han puesto de relieve FADDA, SCIALOJA y BARASSI, la norma del artículo 1.645 no sea un precepto aislado, sino más bien aparezca acompañado de otros correspondientes a los actuales artículos 1.705 y 1.595 (en materia de subarriendo): esto quiere decir únicamente que también estas dos son disposiciones excepcionales. Ahora bien, francamente, este modo de argumentar en favor del carácter excepcional de la norma no nos convence. Tengamos presente que en la órbita de la propia *ratio juris* también una norma de carácter "excepcional", esto es: no normal, resulta susceptible de interpretación extensiva. De todos modos, no es este el tema que aquí debemos examinar, sino la construcción dogmática de la subrogación que el artículo 1.676 concede a los dependientes del contratista frente al comitente y respectivamente el artículo 1.705 al mandante frente a los terceros que han contratado con el mandatario, el artículo 1.596 al arrendador frente al subarrendatario, y así las demás disposiciones que hemos citado: 1.717, párrafo último, 2.867, 2.856

(11) *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, p. 203.

en relación con el artículo 2.057, párrafo 3.º. No siempre nos encontramos frente a una subrogación en un derecho de crédito; en el caso de hipótesis se trata de ser promovido al rango hipotecario del acreedor satisfecho, derecho que viene reconocido al acreedor hipotecario que ha debido hacer el pago [58]. Pero de cualquier forma la situación es siempre ésta: que, con dependencia de una relación obligatoria que está en pleno vigor, la ley apronta en favor del acreedor un medio de satisfacción más rápido. El mandatario, por ejemplo, debería ceder al mandante los derechos que ha adquirido frente al tercero cumpliendo el negocio que le ha sido encargado; pues bien, la ley pasa sobre esta obligación de cesión, autorizando sin más al mandante, si lo cree oportuno, a citar en juicio a los terceros que han contratado con el mandatario, como si la cesión del crédito por parte del mandatario, que ha contratado en nombre propio se hubiese realizado ya. Y lo mismo puede decirse respecto de las demás normas citadas: cuando el artículo 1.595, por ejemplo, dice que el acreedor, sin perjuicio de los derechos frente al arrendatario, tiene acción directa contra el subarrendatario para exigir el precio del subarriendo, del cual, este último sea deudor en el momento de la demanda, y para obligarla a cumplir todas las demás obligaciones que derivan del contrato de subarriendo (11 a), evidentemente la ley quiere reforzar la posición del arrendador autorizándole, si lo cree oportuno, para actuar directamente contra el subarrendatario, aunque éste no sea parte de la primitiva relación de arrendamiento.

Ahora debemos preguntarnos si es correcto, como intento constructivo, calificar este poder de subrogación, este dere-

(11 *a*) Añade el artículo 1.595 que no puede el subarrendatario oponer los pagos anticipados, salvo que se hayan hecho según el uso, y que sin perjuicio de los derechos del subarrendador contra el subarrendatario, la nulidad o la resolución del contrato de arrendamiento produce sus efectos incluso frente al subarrendatario.

[58] Igualmente en el artículo 118 L. H. se reconoce el derecho a subrogarse en la posición del acreedor hipotecario a quien enajenó la finca hipotecada con retención o descuento del importe de la deuda, y se ve constreñido a hacer el pago.

cho potestativo para entrar en una relación de obligación mediante una sustitución, como una *acción subrogatoria privilegida*. Sostenemos que, si en la calificación de acción subrogatoria, aunque sea privilegiada, se quieren sostener los que son requisitos esenciales de la acción subrogatoria ordinaria, se debe responder en sentido negativo. Por que en las hipótesis examinadas falta un requisito esencial de la acción subrogatoria ordinaria, y es, el presupuesto de la inercia del deudor, que hace surgir precisamente el interés para obrar en vía subrogatoria. No debemos dejarnos conquistar por la costumbre de considerar los fenómenos bajo un determinado perfil; aquí debemos observar que la situación es totalmente distinta; la ley no exige en absoluto que el deudor, que a su vez es acreedor de un tercero, se descuide al hacer valer los derechos que le corresponden frente a aquel tercero, sino que defiere, sin más, a la iniciativa del acreedor la posibilidad de subrogarse en la relación de obligación que existe entre aquel deudor y los terceros, que son sus deudores; así pues, a nuestro parecer la subrogación legal no tiene de común con la acción subrogatoria más que ésto: el ejercicio de un derecho. Pero es indispensable precisar. La expresión «ejercicio de un derecho" es un término equívoco, por que, mientras en materia de acción subrogatoria podemos ciertamente limitarnos a hablar de ejercicio y de subrogación en el ejercicio del derecho que corresponde al deudor inerte, en la subrogación legal la ley dice algo más: dice que el mandante se subroga en la posición del mandatario, lo que equivale a decir que en realidad es un verdadero sucesor en aquella relación jurídica; el arrendador se subroga en la posición del arrendatario frente al subarrendatario. Existe, pues, una posición autónoma —en la medida en que puede serlo la de un sucesor— consistente en la subrogación en la misma titularidad del derecho y no simplemente en su ejercicio. Sólo observando superficialmente este punto, podría alguien verse arrastrado a decir que en los casos examinados existe una subrogación en el ejercicio. Vendría a caerse en un error craso; en realidad lo que hay es una subrogación en la misma relación jurídica,

encomendada a la iniciativa del acreedor interesado, por que se trata de un beneficio constituido por la ley en su favor. Depende de su apreciación decidir si le conviene ejercitar el poder de subrogarse, que es un poder de apropiación del crédito ajeno, de forma que pueda obtener directamente de un tercero aquella satisfacción que de otra forma debería esperar de su inmediato deudor.

b) Un poco diferente es la hipótesis que se tiene presente en el segundo grupo de normas, cuya enumeración puede comenzarse por los artículos 1.259, 1.789, 1.776, etc. En este segundo orden de hipótesis que se contempla en los indicados preceptos, alguno ha encontrado base para hablar de "conversión" de la relación jurídica (supra, § XI): conversión de la obligación, en la que la prestación debida ha devenido imposible, en otra relación obligatoria que tiene por objeto una prestación posible (12). Pero no se trata evidentemente de conversión sino de algo muy diferente: la ley pone al acreedor (C) en una alternativa, en cuanto defiere a su opción el tomar la iniciativa que ha de llevarle a subrogarse en el lugar de su deudor (A) frente a un tercero (B) que es deudor del deudor. Tanto en el artículo 1.259, como en los demás casos se distinguen dos hipótesis: *a)* La hipótesis de que el acreedor haya realizado ya su derecho frente al tercero deudor suyo, en cuyo caso deberá entregar al acreedor cuanto haya obtenido; y entonces naturalmente no hay lugar a sustitución, aunque existe una relación de obligación que deba calificarse como sucedánea, que sirve para procurar al acreedor, cuya expectativa se ha hecho ilusoria por un hecho no imputable al deudor una prestación que viene a sustituirla, un *commodum repraesentationis;* y b) La otra hipótesis, es decir, aquella en la que el acreedor (C), cuya expectativa ha sido defraudada por una imposibilidad sobrevenida no imputable al deu-

(12) MESSINEO, «Man. dir. civ. e comm.», 8.ª ed., vol. II, tomo II, § 110, y luego, n. 126, p. 399 y ss., habla de un «commodum subrogationis»; lo que no es ni siquiera una expresión gramaticalmente correcta; debería decirse «commodum subrogationis».

dor, toma la iniciativa para subrogarse en la posición de su deudor (A) en aquella relación obligatoria, que ha nacido en favor de dicho deudor frente a un tercero (B), responsable frente a él por razón del mismo hecho que ha producido su liberación.

Veamos ahora en qué consiste la alternativa.

Alguien (13) ha sostenido que la hipótesis que contemplamos es profundamente similar a la del artículo 1.705, indicada en primer lugar (sub. a), diciendo —y esto con rara sensibilidad moral— que el deudor que se apresura a obtener de su deudor la suma que este último le debe obra sustancialmente como un gestor de negocios de su acreedor. Nosotros no creemos que esta consideración pueda extenderse para todos los deudos, que ordinariamente ejercitan su derecho por la simple razón de tenerlo, sino que más bien resulta más adecuado indicar que en nuestro caso el interés sustancial en aquella prestación debida por el tercero no corresponde ya al deudor al que corresponde el poder, el derecho de crédito, sino que pertenece según la valoración de la ley, al acreedor, cuya expectativa ha devenido defraudada. Se produce una discrepancia entre el interés y el poder, entre la situación de los intereses y la titularidad de los poderes; formalmente, trente al tercero (B), el poder corresponde a quien es su acreedor (A), es decir, al deudor que ha resultado liberado de su obligación y que por lo tanto no tiene un interés legítimo. Por ello la ley preocupándose del supuesto de que el deudor obtenga del tercero el resarcimiento que éste último le debe, en realidad obtiene un provecho patrimonial con el que no hubiera debido contar, atribuye al acreedor (C), cuya expectativa se ha visto defraudada, un poder de apropiación de este crédito; la ley ,operando de esta forma, hace coincidir el interés con el poder.

---

(13) GIORDANO, «Sulla natura giurid. dell'az. del mandante verso il terzo debitore previsto dall'art. 1.705 c. c.», en *Riv. dir. comm.*, 1953, p. 109:

Muy justamente se ha advertido por algunos (14), que en este orden de hipótesis (sub. b) la subrogación corresponde no a quien es ya acreedor de la prestación que deviene imposible, sino a quien todavía es acreedor de la prestación diferente que su deudor liberado está a punto de conseguir de un tercero. Pero, frente a la discrepancia que así se produce, la ley advierte la exigencia de llevar la titularidad de los poderes a adecuarse a la situación de los intereses. Por parte del deudor liberado (A) existe un "deber dar", en el sentido de que en su patrimonio existe algo que debe salir de él y correlativamente existe por parte del acreedor (C) de la prestación que deviene imposible un "deber tener" en el sentido de que su patrimonio tiene un vacío que debe colmarse; un deber haber consistente en un residuo de la expectativa que ha sido defraudada. Ahora bien, para terminar con esta incongruencia, entre la situación antecedente y la situación nueva, aparece el poder que la ley confiere al acreedor (C), para apropiarse el crédito de su deudor (A) frente al tercero (B), dejando a la iniciativa del mismo acreedor la subrogación legal en el crédito del deudor. Nosotros, aquí nos inclinamos a hablar, de modo contrario a aquellos juristas, que exigen una extrema precisión dogmática de las formulaciones, de un estado de atenuada energía (14 a), en el que, durante el intervalo, viene a encontrarse la relación obligacional primitiva; una situación de atenuada energía, que presenta una cierta analogía con aquella situación que seguía a la *litis contestatio* caracterizada por los juristas romanos con la frase *dare oportere desiit* (15). Naturalmente la expresión debe entenderse *cum grano salis*. Mucho se ha discutido el significado del *desiit*, y algún romanista como SOLAZZI (16), ha sospechado que se trataba de una interpolación introducida por algún

(14) Fr. PAOLO NICITA (matr. 44.287) en la disertación aludida sobre la subrogación legal en el crédito que se defiere a la iniciativa del interesado (1953), p. 133. Supra, § IV, sub 2.

(14 *a*) Cfr. n. «Teoria gen neg. giur.». Introd., § 6, sub a-b.

(15) GAI, III, 180-181.

(16) «Archives d edroit privé», 1953 (ded. a PRINGSHEIM), p. 131 y s.

glosador que desconocía la dogmática clásica. Pero la sospecha está infundada (16 a). ¿Qué significa el *desiit*? A nuestro parecer con ello solamente se dice ésto: que un *oportere*, como *necessitas solvendi* no subsiste con plena eficacia, una vez que la relación haya sido deducida en juicio; ésto, sin embargo, no significa que no haya nada, que no haya ningún débito; un débito subsiste; ello es tan cierto que es posible durante el juicio una satisfacción del actor con efecto absolutorio (16 b).

Ahora bien, en un estado de energía debilitada, cae, diremos, también la relación obligacional en cuyo ámbito el deudor haya resultado liberado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación, pero precisamente en vista de un *commodum repraesentationis*. No se opera aquí, ni la resolución, ni la conversión; sin embargo, conservándose aquél la determinada relación, la expectativa de prestación que ha devenido imposible por el hecho no imputable al deudor, viene sustituida por un poder de apropiación del crédito que corresponde al deudor, en los casos en que este crédito existe: poder, con cuyo ejercicio el acreedor puede obtener una sustitución de la prestación fallida, consiguiendo, en lugar del *commodum obligationis*, un *commodum repraesentationis*, que puede, dentro de ciertos límites compensar su expectativa defraudada.

Creemos que la interpretación que propugnamos es la única que responde al sentido del artículo 1.259, y debemos

---

(16 *a*) Cfr. para la crítica n. «Teoria gen. d'interpret», p. 577, n. 8; p. 685, n. 65; p. 794, n. 9; sobre el perjuicio de la kyriolexia.

(16 *b*) Por lo menos en todos aquellos tipos de «iudicia» que no son «stricta», «iudicia arbitraria», «iudicia bonae fidei», la satisfacción del actor por parte del demandado tiene indudablemente efecto liberatorio. La relación, deducida en juicio, cae, por el mismo, en un estado de debilitamiento, que supone que el acreedor que ha preferido seguir la vía del juicio no puede continuar adelante; si el deudor demandado cumple la prestación, el juez al dictar sentencia deberá absolver; pero una vez intentada la vía judicial el acreedor no puede fundadamente exigir, contra la voluntad del deudor, que negaba la existencia del débito, la prestación debida.

reconocer a ANDREOLI (17) el mérito de haber rechazado las demás interpretaciones erróneas, sobre todo aquella concepción, absolutamente infundada (18), que ve la hipótesis de este artículo como un caso de responsabilidad del tercero frente al acreedor. Un correcto análisis interpretativo del artículo tantas veces citado, disipa toda duda. La expresión "sub-entra" usada por el precepto mencionado, significa: "puede subrogarse"; y ello es así en razón del contexto en el que se enmarca y que debe ser interpretado *cum grano salis*. No es que el acreedor se subrogue automáticamente y contra su voluntad en los derechos que corresponden a su deudor por razón del hecho que ha ocasionado la imposibilidad de la prestación. En este caso, se subroga, si lo cree oportuno. La misma hipótesis formulada en el principio de dicho precepto confirma tal interpretación. En realidad el acreedor puede pedir del deudor, en el caso de que no se haya subrogado apropiándose de su crédito, la restitución de cuanto este haya conseguido a título de resarcimiento. Así, pues, hay dos hipótesis: *a)* O el acreedor (C) se ha movido en tiempo útil, ejercitando el poder de apropiación que la ley le confiere, en cuyo caso se subroga en la posición de su deudor (A), acreedor, a su vez, del tercero (B), frente a este; o *b)* No se ha movido en tiempo útil, y en este caso y entonces, tendrá que —tratándose ahora de una obligación sucedánea de la antecedente— tendrá, decimos, el poder de recuperar, del deudor que ha realizado su crédito, cuanto hubiera conseguido. Si así es, la fórmula del artículo 1.259 no puede evidentemente ser entendida en el sentido de ser una concesión que la ley haga al acreedor de un derecho propio frente al tercero (19). La ley

(17) «Note critiche in tema di subingreso» (ex art. 1.259), en *St. Parmensi*, 1953, pp. 131-150, espec., pp. 137-140 y 146 y ss.

(18) DEL BARBERO, «Ancora sulla responsabilitá per lesione di raporti personali», en *Foro Pad.*, 1952, III, 70 y ss.

(19) Esta tesis ha sido sostenida por DEL BARBERO y otros juristas que fueron llamados en su día a emitir un parecer en la causa contra la «Associacione Calcio Torino» e la Societá «Ali-Italia», para dar la razón al tercero que se consideraba perjudicado por el incumplimiento contractual que se

no transfiere al acreedor, cuya expectativa ha sido defraudada, el crédito que el deudor ha adquirido como consecuencia del hecho que causó la imposibilidad de su prestación, y que por lo tanto le ha liberado, sino que más bien encomienda a la oposición del acreedor esta transferencia, es decir se remita al juicio de conveniencia que haga el acreedor; la ley defiere a su iniciativa el apropiarse, o el no hacerlo, del crédito que corresponde formalmente al deudor (A), frente al tercero (B), para hacer valer este crédito y poderse satisfacer. Se evita de esta manera la construcción viciosa que parte del cumplimiento de dos distintas relaciones, una entre C, acreedor, y A, su deudor; y la otra entre A, deudor, y B, deudor del deudor, autorizando a C, acreedor, para dirigirse directamente contra B, deudor del deudor (20). Es evidente, y se ha hecho notar con frecuencia, que este traspaso de la titularidad del crédito no es algo que se opera automáticamente, sino que se provoca ejercitando un poder de apropiación, que la ley se limita a conferir al acreedor, encomendándolo a la apreciación, que haga, de su conveniencia.

Esta construcción debe sostenerse no sólo para la norma contenida en el artículo 1.259, sino también para todas las demás, que con ella vienen a resolver el mismo problema práctico: así en particular según el artículo 1.780, en el caso de pérdida no imputable de la posesión de la cosa que se ha dado en depósito, se determina si la posesión de la misma se ha perdido como consecuencia de un hecho no imputable al depositario, que este queda liberado de la obligación de restituirla, pero debe, para no responder de los daños y perjuicios, denunciar inmediatamente al depositante el hecho

---

produjo entre los futbolistas y la sociedad de transporte aéreo. No vamos a entrar en el estudio de la situación de hecho que puede haber determinado un interés en resolver la cuestión de forma determinada, y en proponer una construcción —vamos a llamarla así— cómoda, para llegar a un determinado resultado práctico. Pero es evidente que la tesis carece de fundamento.

(20) Recuérdese la disposición gráfica perfilada en el I, al iniciar el estudio de las modificaciones de las obligaciones.

por el que ha perdido la posesión; y además, el depositante tiene derecho para recuperar todo aquello que como consecuencia del mismo hecho haya obtenido el depositario (caso, por ejemplo, de haber este asegurado la cosa), y se subroga en los *derechos* que pertenecen a este último. Y en este mismo orden de ideas deben citarse normas tales como la del artículo 1.776, que dispone que el heredero del depositario que haya enajenado de buena fe la cosa depositada ignorando esta circunstancia está obligado sólo a restituir lo que haya obtenido con su enajenación. Si el precio no hubiera sido pagado, el depositante se subroga en el derecho del enajenante para reclamar el precio [59]. Lo mismo debe decirse de lo dispuesto por los artículos 2.038 y 535 (21).

c) En este doble orden de ideas conviene tener claramente diferenciados los casos que pueden reagruparse en un tercer orden y que puedan reconducirse a la subrogación por pago, del artículo 1.203, núm. 5 [60]. En este tercer grupo pueden comprenderse tanto el precepto del artículo 82 de la ley cambiaria como los preceptos de los artículos 1.796 del Código civil, artículo 1.762, párrafo primero, parte segunda y el artículo 1.916, párrafo primero, y tantos otros: hipótesis todas ellas, de las que ya hemos tratado en otra parte del presente curso (§ IV). Así, por ejemplo, para limitarnos a una sola hipótesis, vemos que según el artículo 1.762, párrafo 1.º, parte segunda, el mediador que no manifiesta a un contratante el nombre del otro, responde de la ejecución del contrato, y si lo ha cumplido se subroga en los derechos de este contra el contratante, cuyo nombre no se expresó. Ahora debemos observar que la disciplina de estas otras hipótesis tiene la configuración bastante diferente de las que hemos enumerado en primer lugar (sub. a), y también de las que

(21) Véase ANDREOLI, «Note critiche in tema di subingreso», en *St. Parmensi*, 1953, p. 149.

[59] Análoga disposición existe en el ordenamiento español en el artículo 1.778 C. c.

[60] En el Derecho español debe atenderse al artículo 1.210 C. C.

hemos examinado en segundo lugar (sub. b). La situación de derecho en este caso es esencialmente diferente, y por consiguiente, si bien, bajo un cierto aspecto existe una subrogación de un sujeto en la posición de otro, debe observarse que esta subrogación tiene una fundamentación netamente distinta de la que justifica la subrogación en los otros dos órdenes de hipótesis (22).

Así, pues, para concluir, junto a los cuatro medios que la ley pone a disposición del acreedor para conservar la garantía patrimonial que le corresponde sobre los bienes del deudor —acción subrogatoria, acción revocatoria, secuestro conservativo y separación de los bienes del difunto de los del heredero— se observa en el Código civil la presencia de una quinta forma de defensa preventiva de la obligación: defensa que la ley otorga, no para conservar la garantía patrimonial, sino para atribuir al acreedor cuanto le corresponde por una vía más rápida que la que exigiría la vía ordinaria, que requiere la cooperación del deudor (23). En los casos en que encuentra aplicación esta quinta forma de defensa preventiva, la

(22) Un examen de las decisiones jurisprudenciales concernientes a la subrogación legal en el crédito, encomendada a la iniciativa del interesado, ha sido relegada por el autor de la obra hasta el momento de redactar definitivamente la presente «Teoria della Obblig.». Recordemos por el momento la exactísima sentencia de la Cass. 25 de julio de 1950, en *Mass. Foro it.*, 1950, 424, la decisión de la Cass. 18 de mayo de 1952, n. 1.511, publicada en *Mass. Foro it.*, 1952, la cual considera erróneamente aplicable el artículo 1.259 incluso en los casos de que la imposibilidad sobrevenida de la prestación no libere al deudor en el sentido del artículo 1.218 c. c.

Cuanto llevamos dicho en este parágrafo se explicó en la lección 43 recogida magnetofónicamente. Al estudio de la Jurisprudencia se dedicó la lección 44, del día 29 de abril, que no fue recogida.

(23) El hecho de que también la responsabilidad preconstituida respecto del incumplimiento —sea bajo el aspecto de una eventual obligación al resarcimiento de daños (art. 1.223), sea bajo el riesgo de una ejecución forzada— explica, a través de una presión psicológica, una función preliminar de coacción al cumplimiento, y por lo tanto una defensa preventiva de la obligación, ha sido puesto de relieve con anterioridad al estudiar la estructura de la relación de obligación (Sec. II de esta «Teoría», nr. 16).

ley —como ya hemos visto— admite un acoplamiento o combinación de las relaciones de obligación; acoplamiento que se asemeja a aquel otro acoplamiento que es fruto de la autonomía privada, y que hemos examinado al estudiar las modificaciones de las obligaciones. Entre estas modificaciones nos hemos encontrado con la delegación cumulativa o privativa, la asignación, la indicación de pago, sea para el cobro (activa), sea para el pago (pasiva), la cesión de crédito, la subrogación convencional por pago. Todas ellas pueden configurarse como una relación triangular entre C (acreedor), A y B, que pasa a través de A (deudor), (delante, cedente o subrogante) según el esquema que hemos perfilado al principio en el § I.

Sin embargo, en aquellas modificaciones, las partes hacen la asignación contando con la cooperación de un tercero, ya aprovechando un crédito que se dirige contra él, ya mediante una asunción de deuda, o una indicación para el pago que de él se exige. Por el contrario, en esta quinta forma de defensa preventiva de la obligación que acabamos de examinar, el principio rector que da impulso al mecanismo de la triple relación, que tiende a la cooperación del tercero (B deudor del deudor), no es la autonomía privada: es una valoración que lleva a cabo la misma ley para la tutela del interés del acreedor (C), otorgándole una oportunidad de conseguir lo que le corresponde a través de un acoplamiento de relaciones, es decir, de la relación obligacional en que se encuentra el acreedor (frente a A) con otra relación en la cual su deudor (A) es acreedor de un tercero (B). Existen algunas figuras que pueden producirse tanto como efecto o de una valoración o disposición legal, como también pueden ser fruto de la autonomía privada. Es el caso, por ejemplo, de la subrogación. La subrogación puede ser convencional, movida por iniciativa del acreedor, o por iniciativa del deudor; pero puede ser también legal en los casos previstos en el artículo 1.203, cuyo número 5 deja a salvo la aplicación de otros supuesto aparte de los enumerados. Y también atendiendo a otros fenómenos similares, por ejemplo, el que se refiere a la cesión del crédito, o a la asignación, hemos visto como, junto a la

cesión y a la asignación convencional que configura una modificación promovida por la autonomía privada existe una cesión legal encomendada por la ley a la iniciativa del acreedor y que tiende a proporcionar una defensa preventiva de la obligación, como también una asignación con reserva de cobro dispuesta como medida judicial para satisfacción del acreedor (Cód. proc. civ. 553).

§ XIX

LA DEFENSA DE LA OBLIGACION CON POSTERIORIDAD AL INCUMPLIMIENTO

Disciplina y forma. Relación teleológica entre derecho a la sanción y poder procesal de la acción. Crítica de la concepción procesalista de Carnelutti.

Una vez estudiada la defensa preventiva, nos queda por hacer el estudio de la defensa de la obligación como consecuencia de su incumplimiento. Se trata de una defensa, que bajo el aspecto, que pudiéramos llamar, instrumental, neutral, está regulada en el Código de procedimiento civil, como es lógico; y, también, bajo otro aspecto, en cuanto con ella se ejercita la sanción que la ley determina en caso de incumplimiento de una obligación, tiene una disciplina que entra de lleno en la competencia del Código civil, es decir en la ley sustancial. En efecto, encontramos en el Código actual (a diferencia del antiguo) regulada esta defensa con posterioridad al incumplimiento, precisamente en el libro VI, título 4.º, que está dedicado, como dice su rúbrica a la tutela jurisdiccional del derecho.

No vamos a hacer una exégesis de gran profundidad acerca de los artículos que se comprenden bajo este epígrafe, pero llamamos la atención sobre los que presentan una mayor importancia —vamos a llamarla sintomática— en cuanto se revelan como otros tantos aspectos de la sanción que la ley dispone en favor del acreedor para tutela de su interés en el caso de que su expectativa primaria, que tiende a obtener

la cooperación del deudor se haya visto defraudada de forma imputable al mismo deudor. Nos encontramos, en primer lugar, con el artículo 2.910, el cual determina el objeto de la ejecución forzosa, y dice que el acreedor para conseguir lo que se le debe, lo que equivale a decir, para conseguir aquella utilidad que debía obtener de la cooperación del deudor —cooperación fallida— puede hacer que se enajenen los bienes del deudor según las reglas que establece el Código de procedimiento civil. Debemos distinguir netamente entre el derecho a la sanción y el procedimiento destinado a la ley procesal. Pueden ser enajenados —añade el mismo artículo— incluso los bienes de un tercero, cuando estén vinculados como garantía del crédito o cuando sean objeto de un acto que sea revocado por haberse realizado en perjuicio del acreedor; con lo que se alude a las hipótesis de acción revocatoria. A continuación el artículo 2.911 habla de bienes gravados con prenda o hipoteca; y esta norma no presenta un particular interés; por el contrario conviene comentar los artículos 2.913 y 2.914: el uno se refiere a la ineficacia de la enajenación de la cosa dada en prenda y pone de manifiesto, con la consiguiente indisponibilidad, el alcance jurídico de la pignoración que el acreedor puede provocar sobre los bienes que pertenecen al deudor. Dice: "No tienen efecto en perjuicio del acreedor pignoraticio y de los acreedores que intervienen en la ejecución, los actos de enajenación de los bienes pignorados, salvo los efectos de la posesión de buena fe para los inmuebles que no hayan sido inscritos en el registro público." El siguiente artículo ataca también las enajenaciones anteriores a la enajenación, diciendo que no tienen efecto en perjuicio del acreedor pignoraticio y de los acreedores que intervienen en la ejecución, aunque sean anteriores a la fecha de dicha pignoración: 1) Las enajenaciones de bienes inmuebles o de bienes muebles inscritos en Registros públicos aunque hayan tenido acceso a los mismos con posterioridad a la pignoración, por el criterio que determina la prevalencia entre los actos que tienen por objeto unos mismos bienes es el criterio de la publicidad obtenida mediante la transcripción; 2) Las cesiones de

créditos notificadas al deudor cedido, o aceptadas por el mismo después de la pignoración (donde la ley usa impropiamente la expresión *successivamente,* que hace pensar en una gradual sucesión de los acontecimientos; pero que quiere decir "posteriormente", es decir, "después" de la pignoración); 3) Las enajenaciones *uti universitas* de bienes muebles que no tengan fecha cierta; no teniendo fecha cierta, no son oponibles al tercero, que es el acreedor; 4) Las enajenaciones de bienes muebles cuya posesión no se haya transmitido, con anterioridad a la pignoración, salvo que resulten de un acto de fecha cierta, porque, a falta de un acto de fecha cierta, lo que determina la prevalencia de la adquisición de una titularidad jurídico-real es el hecho de la posesión. También nos interesan los artículos 2.919 y 2.921, que disciplinan, el uno el efecto traslativo de la venta forzosa, y el otro la evicción que sufra el adjudicatario de los bienes objeto de ejecución forzosa.

El artículo 2.919 que disciplina el efecto traslativo de la enajenación forzosa, dice: esta venta transfiere al adquirente los derechos que sobre la cosa correspondían al que ha sufrido la expropiación, es decir, los mismos derechos del deudor ejecutado, dejando a salvo los efectos de la posesión de buena fe; porque, cuando entre en discusión una posesión de buena fe, la buena fe constituye un título de prevalencia y preferencia; y como es oponible al mismo deudor ejecutado, también es oponible al acreedor que quiera proceder contra sus bienes. No son por el contrario, oponibles al adquirente los derechos adquiridos por terceros sobre la misma cosa, si sus respectivas adquisiciones no surten efecto en perjuicio del acreedor pignoraticio o de los acreedores que hayan intervenido en la ejecución; y con ello nos referimos a las enajenaciones de bienes que hayan sido objeto de pignoración, siempre que entren en el supuesto de hecho contemplado por el artículo 2.913. El artículo 2.921 que regula las hipótesis de evicción viene a resolver una vieja controversia, que había venido desarrollándose bajo el imperio del antiguo Código, a propósito

del régimen jurídico de la posición del adjudicatario (1). Este artículo dice: "El adquirente de la cosa expropiada (o sea el adjudicatario), si sufre la evicción de la misma, puede repetir el precio que no haya sido entregado al acreedor, deducidos los gastos, y si la entrega se hubiese operado ya, puede repetirlo de cada acreedor que lo haya percibido, y del deudor por el resto, salvo la responsabilidad del acreedor por los daños y los gastos; si la evicción fuera sólo parcial, el adquirente —es decir adjudicatario— tiene derecho para repetir una parte proporcional; la repetición tiene lugar aunque el adjudicatario, para evitar la evicción, haya pagado una suma de dinero; en todo caso el adquirente no puede repetir el precio frente a acreedores privilegiados e hipotecarios a los cuales no hubiera podido oponerse la causa de evicción (porque ellos tenían ya un derecho real de prelación sobre la cosa que, con posterioridad, ha sido objeto de evicción). Bajo el imperio del viejo Código, se discutía si la posición del adjudicatario debía asimilarse, en las relaciones entre el mismo adjudicatario y los acreedores contra los que útilmente podían reclamar, a la posición jurídica que deriva de una delegación, o más bien si debería asimilarse a la situación jurídica de una simple indicación de pago. Los que sostenían que los efectos de la adjudicación deberían equipararse a los efectos de una delegación, llegaban a esta consecuencia, ciertamente injusta: que el adjudicatario no podría repetir de los acreedores a que nos hemos referido la suma que les había pagado como precio del inmueble que le había sido adjudicado y con posterioridad despojado por la evicción. Nosotros (2) tomamos posición contra la tesis de la delegación y en favor de la que estima existente algo similar a la indicación de pago, ya que creemos que se trata de una indicación judicial de pago; tal

(1) Sobre el alcance de la adjudicación y distribución del precio, recuérdese lo que hemos dicho, § V, sobre la analogía con la indicación de pago, y no ya con la delegación: cfr. *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 578, n. 1, y, entre otros, G. Rossi, en *Arch. giur.*, 56, pp. 344-361.

(2) En la *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 578, núm. 1.

era la adjudicación de créditos, salvo cobro, derivada del hasta ahora artículo 619 de la ley de procedimiento; tal era, también, la asignación del crédito que con relación al precio se otorgaba contra adjudicatario del inmueble objeto de ejecución y a favor de los acreedores a que nos hemos referido. Decíamos entonces que éste no es un supuesto de delegación, sino que se trata simplemente de indicación de pago, puesto que no produce una abstracción de la relación que haga inoponible la excepción de evicción; y el nuevo Código ha resuelto la controversia en el sentido que nos parecía más justo, concediendo al adjudicatario la posibilidad de repetir el precio pagado en el caso de que se produzca con posterioridad una evicción del inmueble que le fue adjudicado como consecuencia de la ejecución forzosa.

Debemos considerar a continuación los artículos 2.925 a 2.928 y 2.930 a 2.933. El artículo 2.925, tratando de la asignación forzosa, dice que las normas que conciernen a la venta forzosa, se aplican también a la asignación forzosa, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes; y los tres artículos siguientes contemplan la eventualidad de que existan derechos de terceros sobre la cosa objeto de asignación, la evicción de la cosa asignada y la figura particular que es la asignación de créditos.

Por lo que se refiere al primer punto, el artículo 2.926 dice que, si la asignación tiene por objeto bienes inmuebles, los terceros que tenían su propiedad, pueden dentro del término de sesenta días a contar desde la asignación, dirigirse contra el asignatario que ha recibido su posesión de buena fe, al único fin, sin embargo, de repetir la suma que corresponde a su crédito, y que ha sido satisfecho con la adjudicación; y la misma facultad corresponde a los terceros que tenían sobre la cosa otros derechos reales dentro de los límites de valor que tuviera su derecho; se entiende que el adjudicatario conserva sus derechos frente al deudor ejecutado, pero se extinguen las garantías prestadas por terceros.

Por lo que concierne a la otra hipótesis, es decir a la de

una evicción que sufra el adjudicatario de la cosa ejecutada, dispone el artículo 2.927 que el adjudicatario, si sufre la evicción de la cosa, tiene derecho para repetir cuanto ha pagado a los demás acreedores, salvo la responsabilidad del acreedor que proceda para pagar los daños y los gastos. El adjudicatario conserva sus derechos frente al deudor ejecutado, pero en este caso se extinguen las garantías prestadas por terceras personas.

Por lo que se refiere a la asignación de créditos, dispone el artículo 2.928 que, si el objeto de la adjudicación es un crédito, el derecho del adjudicatario frente al deudor que ha sufrido la ejecución no se extingue sino es precisamente con la realización efectiva del crédito adjudicado. Lo que se justifica por cuanto ya tenemos dicho a su debido tiempo (§ III, sub. 4.º), construyendo esta adjudicación como un *ius exigendi* que se confiere al adjudicatario, y que no representa una atribución *pro soluto,* sino *pro solvendo,* subordinada a la realización de un pago efectivo. En todo caso si también se atribuye a esta figura el alcance de un traspaso de la titularidad del crédito, el efecto liberatorio está subordinado a la realización efectiva. Por ello puede decirse: El fenómeno que es consecuencia de una resolución judicial se asimila —según que se siga una u otra construcción— a aquel negocio, aquel acto de autonomía privada, que es la adjudicación limitada al *ius exigendi,* o a la *cessio pro solvendo.*

En fin, los artículos 2.930-2.933 disciplinan la ejecución forzosa en forma específica (3), lo que equivale a decir tendente a atribuir al acreedor el mismo bien, la misma utilidad a que tenía derecho e interés a través de la fallida cooperación del deudor (4).

Según lo dispuesto por el artículo 2.930, si no se ha cum-

(3) Sobre esta figura de ejecución, por último, DEGNI, «L'essecuzione forzata in forma specifica», 1953, recogida en *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 71.

(4) Sobre este punto se recuerda cuanto se expuso en la II Sección de esta «Teoria gen. d. obblig.», en el § 5.

plido la obligación de consignar una cosa determinada, mueble o inmueble, el que tenga derecho a ella puede obtener su consignación o entrega forzosa, según lo dispuesto por las normas del Código de procedimiento. Como se ve existe un reenvío a la ley procesal; pero el derecho a esta específica forma de sanción está regulado, adecuadamente regulado, por el Código civil, es decir por la ley sustancial.

Según el artículo 2.931, si no se ha cumplido una obligación de hacer, el que tenga derecho a esta prestación puede obtener que se cumpla a expensas del obligado, en las formas determinadas por el Código de procedimiento civil. Esta norma que había sido defendida por la doctrina procesalista de CHIOVENDA, se atiende a quel viejo aforismo, superado por el actual ordenamiento procesal, según el cual *nemo ad factum praecise cogi potest* (5). ¡No es cierto! Si el *facere* es un actuar fungible, esta conducta fungible puede obtenerse coactivamente por vía de ejecución forzosa, de modo que al acreedor le sea atribuido el mismo resultado a que tenía derecho mediante la cooperación del deudor, prescindiendo de su cooperación, lo que es tanto como decir mediante una ejecución forzosa por subrogación.

Por fin, en el artículo 2.932, se regula la que podría llamarse forma más refinada de ejecución específica: Ejecución específica de la obligación de concluir un contrato. También aquí, la vieja doctrina, atenta a los esquemas tradicionales, sostenía, bajo el imperio del antiguo Código, que la acción que nace de un contrato preliminar, dado el principio *nemo ad factum precisae cogi potest,* se dirigía únicamente al resarcimiento del daño que sufría el acreedor por el hecho de no concluirse el contrato definitivo: ¡No faltaba más que

(5) Cfr. nuestra nota «Sul c. d. risarcimento del danno in forma specifica», en *Giur. it.*, 1948, I, 2, 259. No estamos de acuerdo con nuestro colega Rocco, «Corso di teor. e pratt. del proc. civ.», III, cap. 2.º, 27-74, en las condiciones que parten de la premisa psicológica «no ser la acción humana del obligado coercible». Tal promesa, cuando sea valorada sobre el terreno de un moderno orden jurídico, no resulta decisiva, ni siquiera concluyente.

esto! [61]. Pero ya CHIOVENDA (6) (y nosotros, siguiéndole, nos hemos adherido a su opinión) sostenía que en este caso no existía ninguna imposibilidad para que la ley crease un supuesto de fungibilidad jurídica de la prestación; ciertamente el hecho psicológico de la efectiva conclusión del contrato no puede ser sustituido por ninguna otra persona, pero el efecto de este negocio jurídico puede obtenerse por la resolución del juez. A este parecer se ha adherido también el nuevo Código con lo dispuesto en el artículo 2.932, que ordena: si alguien que está obligado a concluir un contrato, no cumple su obligación, la otra parte —mientras sea posible y no se excluya en el contrato preliminar (naturalmente esta reserva debe sobreentenderse) puede obtener una sentencia que produzca los mismos efectos que el contrato, de haberse concluido. Es cierto que la conclusión del contrato como acto personal del deudor es por naturaleza un acto personal del deudor que no puede ser obtenido prescindiendo de su voluntad, pero los efectos prácticos y jurídicos de este acto pueden obtenerse con una resolución judicial sustitutiva de la conclusión, fallida, del contrato definitivo (7). Si se trata —añade el precepto— de contratos que tienen por objeto la transmisión de la proipedad de una cosa determinada o la consti-

(6) «Dell'azione nascente del contratto preliminare», en *Nuovi sagi di dir. proc. civ.*; Istit. dir. proc. civ., I, p. 253 y ss.

(7) De la jurisprudencia sobre la materia véase Cass. 28 de agosto de 1952, n. 2.778, en *Giur. it.*, 1953, I, 176; Cass. 21 de mayo de 1952, n. 1.475, en *Giur. it.*, 1953, I, 50; Cass. 12 de agosto de 1947, n. 1.495, en *Foro it.*, 1948, I, 708.

[61] En la doctrina patria se presenta actualmente la misma cuestión. En general debe hacerse notar la simpatía con que se acoge la solución progresiva adoptada por el Codice civile, siendo notables los esfuerzos de De Castro y Roca Sastre para incorporarla al ordenamiento español. Unicamente, dice el segundo, en los casos de infungibilidad de la prestación prometida o insuficiencia de las líneas básicas sentadas en el precontrato sería inaplicable dicha solución progresiva.

El Tribunal Supremo ha seguido tendencias contradictorias. La S. de 9 de julio de 1940 recoge la dirección tradicional, mientras que la de 1 de julio de 1950 adopta la que hemos llamado progresiva.

Esta última tendencia, en el campo del contrato de arbitraje, aparece reconocida por la ley de 22 de diciembre de 1953, al establecer en los artículos 9.º y 10 un régimen de ejecución del contrato preparatorio de arbitraje mediante la llamada "formalización judicial del compromiso".

tución o transmisión de otro derecho, la demanda no puede ser estimada si la parte que la ha interpuesto, no cumple su prestación o no ofrece cumplirla en los modos señalados por la ley, a menos que la prestación no sea todavía exigible. Se debe tender, como homenaje al criterio de la bilateralidad del contrato, de la correlatividad onerosa de las prestaciones (8), que, cuando una prestación consista en la transferencia de una cosa, y la otra en el pago de una cantidad de dinero o de otro acto cualquiera, se precisa que quien solicita la resolución judicial constitutiva del contrato definitivo, cumpla por su parte la prestación a que estaba obligado.

En este momento, nos conviene, antes de cerrar el estudio de esta materia justificar la opinión que sostiene la competencia del Código civil, es decir de la ley sustancial, y no del ordenamiento procesal, para regir estas sanciones con las que se obtiene una defensa de la obligación posterior a su incumplimiento; opinión esta que, antes de triunfar en el ordenamiento sistemático del nuevo Código civil, había sido muy duramente atacada por CARNELUTTI. CARNELUTTI (9), había sometido esta opinión a una profunda crítica y le había contrapuesto su concepción procesalista de las sanciones concedidas por la ley al acreedor. Conviene recordar, por su interés retrospectivo, las argumentaciones sobre las que se construía la crítica de referencia, indudablemente penetrante y sugestiva. Indicaba CARNELUTTI (10), que era preciso defenderse contra el peligro de confundir el derecho privado del acreedor, que se agotaría al hacer prevaler su derecho a la prestación, y el poder de actuar las sanciones predispuestas en la ley para el caso de incumplimiento, que identificaba con la acción: dos posiciones, según su opinión, por las que una representa-

(8) Téngase presente la reserva expresada en la sección III de esta «Teoria», p. 70, n. 104.

(9) En «Studi di dir. proccessuale in onore Chiovenda», 1927, pp. 225 a 231: «Diritto e proccesso nella teoria delle obbligazioni», reeditado en *Studi di dir. proc. civ.*, II.

(10) «Dir. e proc. n. teoria d. obblig., n. 21, en *Studi Chiovenda*, p. 273.

tución o transmisión de otro derecho, la demanda no puede ser estimada si la parte que la ha interpuesto, no cumple su prestación o no ofrece cumplirla en los modos señalados por la ley, a menos que la prestación no sea todavía exigible. Se debe tender, como homenaje al criterio de la bilateralidad del contrato, de la correlatividad onerosa de las prestaciones (8), que, cuando una prestación consista en la transferencia de una cosa, y la otra en el pago de una cantidad de dinero o de otro acto cualquiera, se precisa que quien solicita la resolución judicial constitutiva del contrato definitivo, cumpla por su parte la prestación a que estaba obligado.

En este momento, nos conviene, antes de cerrar el estudio de esta materia justificar la opinión que sostiene la competencia del Código civil, es decir de la ley sustancial, y no del ordenamiento procesal, para regir estas sanciones con las que se obtiene una defensa de la obligación posterior a su incumplimiento; opinión esta que, antes de triunfar en el ordenamiento sistemático del nuevo Código civil, había sido muy duramente atacada por CARNELUTTI. CARNELUTTI (9), había sometido esta opinión a una profunda crítica y le había contrapuesto su concepción procesalista de las sanciones concedidas por la ley al acreedor. Conviene recordar, por su interés retrospectivo, las argumentaciones sobre las que se construía la crítica de referencia, indudablemente penetrante y sugestiva. Indicaba CARNELUTTI (10), que era preciso defenderse contra el peligro de confundir el derecho privado del acreedor, que se agotaría al hacer prevaler su derecho a la prestación, y el poder de actuar las sanciones predispuestas en la ley para el caso de incumplimiento, que identificaba con la acción: dos posiciones, según su opinión, por las que una representa-

(8) Téngase presente la reserva expresada en la sección III de esta «Teoria», p. 70, n. 104.

(9) En «Studi di dir. proccessuale in onore Chiovenda», 1927, pp. 225 a 231: «Diritto e proccesso nella teoria delle obbligazioni», reeditado en *Studi di dir. proc. civ.*, II.

(10) «Dir. e proc. n. teoria d. obblig., n. 21, en *Studi Chiovenda*, p. 273.

ría un medio, y la otra sería el fin; una sería el interés tutelado por la iniciativa del acreedor, interés a la prestación del deudor; la otra —el medio— sería la acción como poder para poner en ejercicio los medios y las vías para conseguir aquella tutela. CARNELUTTI, diciendo esto, manifestaba una exigencia que tiene una indudable razón de ser: la exigencia de distinguir claramente lo que corresponde al Derecho sustancial, de lo que pertenece al Derecho procesal, incluso cuando a este último se concedía una prevalente importancia (11). De todos modos, era y es nuestra convicción que la sanción, al contrario de lo que sucede con la acción, pertenecía al Derecho sustancial. Sostenía por el contrario CARNELUTTI (12), que conviene hacer una clara distinción entre: *a)* el derecho a la tutela o sanción (así en el proceso de cognición respecto de la sentencia definitiva favorable al actor) y, de otra parte, *b)* el poder de llevar a cabo los actos necesarios para provocar tal tutela (en el proceso de cognición, el poder neutral de proponer la demanda); y además reivindicaba para el análisis procesalista el mérito de haber intercalado entre el primero *(a)* y el segundo *(b)*, *c)* el derecho de hacer que se lleven a cabo los actos necesarios para la actuación de la tutela (en el proceso de cognición el derecho a una decisión del fondo del asunto) (13).

El primero *(a)* no sería otra cosa que el mismo derecho tutelado, pero considerado bajo el aspecto de la sanción; el segundo *(b)* no es otra cosa que la libertad de dirigirse a los tribunales que tiene cualquier ciudadano; el tercero *(c)* sería el verdadero derecho de acción, pero concebido como un

(11) Entonces nosotros éramos de distinto parecer, antes de la contribución de CARNELUTTI que éste dirigió contra nuestro libro «Il concetto dell'obbligazione construito dal punto di vista dell'azione», 1920. Pero la crítica no fue útil; lo que resultó del cambio de opinión puede verse en «Ragione e azione», en *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, pp. 205-237.

(12) «Dir. e proc.», cit., n. 21, en *Studi Chiovenda*, p. 227.

(13) En otra parte de lo escrito —n. 25, p. 284—; sin embargo, CARNELUTTI hablaba de un derecho a la condena.

poder de carácter natural, para provocar una resolución del fondo del asunto, que puede ser tanto favorable como contraria a quien la solicita. Estos perfiles han ejercido benéficos influjos en el sentido de llamar la atención sobre la exigencia de una más precisa distinción y delimitación entre lo que corresponde al Derecho sustancial y lo que corresponde al Derecho procesal. Para demostrar la exactitud de la tesis, CARNELUTI hacía notar que (14): se comprende como la acción pueda no conseguir su fin, aunque haya determinado la puesta en movimiento de los medios dispuestos por el ordenamiento procesal, que pueda no obtener la tutela y cómo, sin embargo, "a pesar de la acción concedida a su titular, un derecho pueda resultar desconocido por el juez; lo que puede suceder por la misma razón que un disparo de fusil puede no alcanzar su blanco; si la acción fuese el derecho a la tutela, esto es el poder de dar en el blanco, esta eventualidad resultaría absurda". En todo esto hay ciertamente una parte de verdad; nosotros mismos hemos sido los primeros, francamente, a sacar provecho de ella (15), por cuanto hemos debido modificar un concepto de la acción que habíamos sostenido en nuestra vieja monografía del año 1920. La eventualidad puesta de relieve por CARNELUTTI depende del riesgo inherente al proceso y de la autorresponsabilidad correlativa a la carga de afirmar y probar la fundamentación de la pretensión que se deduce en juicio. Conviene pues distinguir netamente lo que es poder procesal, como tal, instrumental y neutral, puesto a disposición de los particulares por la ley —poder que tiene por contenido únicamente el interés para actuar y por fin *(petitum)* el obtener una medida jurisdiccional— de aquella situación de Derecho sustancial, a la que el poder mismo se refiere y se coordina como a una "pretensión" que hace valer. Sin embargo, desde un punto de vista teleológico —y lo admite el mismo CARNELUTTI (16), sin usar esta expresión— se precisa

(14) *Op. cit.*, n. 21, p. 277.

(15) «Ragione e azione», en *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, pp. 205-237.

(16) *Op. cit.*, n. 25 y n. 27, en *St. Chiovenda*, pp. 284-288.

reconocer que el poder de provocar la actuación de la sanción se concede a quien tiene derecho a la sanción; pero si tiene o ha perdido este derecho es lo que trata de decidir y de declarar el proceso. Por tanto, para que sea posible poner en movimiento el proceso, es necesario reconocer, a quien pretenda encontrarse en una determinada situación de derecho sustancial, el poder de ejercitar las vías judiciales, dejándole a salvo la carga de probar que efectivamente se encuentra en la situación en que afirma encontrarse. Pero todo esto ¿qué significa? Significa que el poder de acción, como poder procesal tiene por contenido sólo un interés para actuar que no debe confundirse en absoluto con el interés sustancial contenido en el derecho que se afirma, y que, para ejercitar este poder, se precisa hacer referencia, como razón que se hace valer, a una cierta situación de Derecho sustancial; pero esta referencia tiene evidentemente, al iniciarse el proceso, un carácter puramente hipotético: porque muy bien puede darse que, a través de la instrucción de la causa, a través de la práctica y valoración de las pruebas, se revele la inconsistencia o sea la falta de fundamentación de hecho, de la afirmación sostenida.

Añadía todavía CARNELUTTI (17): "También sobre la condena el acreedor tiene un derecho; en efecto, si el acreedor no quiere, el juez no puede pronunciarla, y también de este derecho se ha formado uno (erróneamente) con el derecho del acreedor contenido en la relación de obligación." Junto a ello, por otra parte, CARNELUTTI (18) admitía que el derecho a la condena es un "derecho del acreedor", un derecho, que "pertenece sólo al acreedor". Porque, si no fuese así y la condena pudiese ser provocada por otras personas, el derecho a la prestación no sería ya tal, ya que la "tutela del interés del acreedor" no dependería ya de su voluntad.

La distinción que se discute, existe sin duda, y se funda-

(17) *Op. cit.*, p. 283.

(18) «Dir. e proc.», n. 25, en *St. Chiovenda*, pp. 284-85.

menta esencialmente sobre el diferente contenido del derecho: *a)* El derecho del acreedor, comprendido en la relación de obligación —entendido como derecho a la prestación, consistente en la expectativa de cooperación por parte del deudor—, y *b)* El derecho a la condena que CARNELUTTI (19), parecía reducir a un derecho neutral "a la sentencia en el proceso de condena, entendido como poder instrumental", de la que es presupuesto la obligación del juez: poder de poner en movimiento el proceso para promover la decisión de la *litis,* que debe hacer el juez, en torno a la existencia de la deuda y del incumplimiento. La diferencia del objeto se refleja sobre la distinción del sujeto pasivo, mientras el derecho a la prestación —hacía notar CARNELUTTI— se dirige contra el deudor, el derecho a la condena tiene un obligado diferente; que éste sea el Estado o el juez es una cuestión, para nuestro estudio, accesoria. Hecha esta distinción, entre el derecho a la prestación y el derecho a la condena, no se excluye, sin embargo, que entre los dos exista una conexión. Si esta conexión no debe ser exagerada, como antes se hacía, hasta el punto de confundir en uno solo ambos derechos, tampoco conviene olvidarla si no se quiere perder de vista uno de los dispositivos fundamentales de nuestro orden jurídico.

La conexión se refiere al sujeto activo de los dos derechos, y está en esto: que, como hemos observado, el sujeto es, desde el punto de vista teleológico, el mismo; el poder de provocar la actuación de la sanción corresponde ciertamente solo al titular del primero en cuanto también el derecho a la condena es un derecho del acreedor. Si no fuese así y la condena pudiera ser provocada también por otras personas, el derecho a la prestación (repetiremos con CARNELUTTI) no sería ya tal, porque la tutela del interés del acreedor no dependería ya de su iniciativa. Es, pues, la tutela del interés del acreedor, en forma de derecho subjetivo la que exige una estrecha

(19) *Op. cti.,* p. 284.

unión entre este derecho y el derecho a la condena desde el punto de vista del sujeto activo. Pero, un derecho a la condena CARNELUTTI lo debía, en rigor, negar; y en efecto hablaba de un derecho a la sentencia en el proceso de condena: derecho, cuyo ejercicio puede llevar incluso a la absolución del demandado en la medida en que el acreedor no consiga probar su derecho.

Ahora bien, sin tratar de dar una respuesta a cada una de las argumentaciones críticas, diremos en una palabra que, en esta construcción del ilustre jurista, nos parece comprobar una laguna. No es cierto que el derecho de obligación, considerado desde el lado activo, desde el lado del acreedor, se agote en un derecho a la prestación, es decir a la cooperación del deudor, porque la misma ley sustancial prevé el hecho del incumplimiento; no solo, sino, atendiendo a la estructura misma de la relación de obligación, está preconstituida al incumplimiento una responsabilidad que el artículo 2.740 enuncia diciendo que el deudor responde con todos sus bienes del cumplimiento de la obligación. Pues bien, con ello se alude a una responsabilidad preconstituida al hecho mismo del incumplimiento previsto y regulado por el artículo 1.218.

¿Qué demuestra todo esto? Demuestra que el derecho del acreedor no se agota sobre el terreno del Derecho sustancial, en un derecho a la cooperación del deudor, sino que comprende también un derecho de garantía sobre los bienes. Es erróneo, construir este derecho como un derecho de prenda, pero ciertamente —junto a la expectativa de cooperación— existe, en el acreedor, como tal, una expectativa de satisfacción para el caso de que la cooperación, la actividad de cooperación del deudor, llegue a faltar (20). Pues bien, la acción —tanto la acción de condena como la acción ejecutiva— no debe confundirse con este derecho de garantía sobre el patrimonio, porque la acción es sólo el poder de actuar la san-

(20) En el mismo sentido véase II Sección de esta «Teoria», p. 16.

ción, no el mismo derecho a la sanción. Es necesario distinguir entre el aspecto sustancial del fenómeno y el poder "instrumental", concedido al acreedor para actuar aquel crédito, obteniendo la sanción, que le corresponde en caso de incumplimiento de la obligación.

Así que, para dar una configuración comprensiva y exacta de la relación de obligación, en cuanto a su estructura, y de los poderes procesales, que pudiéramos llamar instrumentales, que están coordinados a esta relación, debemos decir que la relación de obligación no se agota en una expectativa de prestación, o sea de cooperación del deudor, sino que comprende también el derecho a la sanción que, luego, se concreta en un derecho de garantía sobre el patrimonio: derecho, que desciende directamente de aquella norma fundamental del artículo 2.740 según la cual el deudor, como deudor, responde con todos sus bienes del cumplimiento de la obligación. A este doble aspecto del derecho, de naturaleza sustancial, que comprende tanto la expectativa de cooperación como la expectativa de satisfacción, corresponden poderes instrumentales, como son la acción de condena y la acción ejecutiva en el caso de que se haya obtenido ya la condena. Estos son ciertamente poderes procesales (CARNELUTTI ha tenido el gran mérito de reafirmar la exigencia de una precisa y neta distinción entre estos poderes, que son esencialmente instrumentales, y el Derecho sustancial). En efecto, la acción no es el poder de dar en el blanco; la ley no garantiza a quien ejercita la acción un éxito favorable: Es carga y misión de quien se expone al riesgo del proceso afirmar y probar la razón que invoca (21).

Ahora bien, lo que la ley concede como poder instrumen-

(21) Sobre el particular véase nuestro «Dir. proc. civ. it.» (1936), § 6. La crítica que hizo HÄGERSTRÖM, «Der romischen Obligationsbegriff», 1927, 603-612, se dirige en realidad contra el método de la dogmática jurídica. Sólo nos encuentra de acuerdo en la crítica al dogma de la voluntad, que fue desarrollada con posterioridad en «Inquiries into the nature of law and morals», 1953, 70 y ss.; 240 y ss., por el mismo autor.

tal, es únicamente esto: Se trata de poner las condiciones para la aplicación de la sanción; pero que luego la sanción sea efectivamente aplicada, es algo que no depende del poder exclusivo del acreedor que promueve el juicio, porque aquí es necesaria la cooperación de otros y sobre todo, la del juez. Pero ello no significa que el derecho a la sanción sea un derecho dirigido contra el juez. Estos son órganos de un ordenamiento que ha construido un mecanismo de sanción y ha dispuesto también los medios para la actuación de esta sanción: lo que es un presupuesto necesario del mismo derecho a la sanción, y no se confunde con él. Pero al decir que, junto al derecho a la prestación, no haya otra cosa sino el poder instrumental de la acción —sea acción ejecutiva, sea acción de condena— significa olvidar un aspecto del fenómeno, dar una visión unilateral de la obligación, y dejar en olvido que, sobre el mismo terreno del Derecho sustancial, junto al derecho a la cooperación del deudor, existe —ulterior aspecto del mismo derecho— también un derecho a la sanción para el caso de que falte esta cooperación del deudor. Como deba construirse el poder que la ley confiere al acreedor en el caso de incumplimiento, es una cuestión constructiva sobre la que se pueden seguir opiniones cuestionables; nosotros, a su tiempo, hemos hablado de una especie de derecho potestativo que el acreedor tiene para el caso de que su expectativa sea defraudada; derecho, que lleva a constituir un poder sobre el patrimonio del deudor, sea con el embargo, sea con la venta forzosa (22). CARNELUTTI, a su vez, nos acusó de diplopia, es decir "ver doble" (23). Nosotros no lo creemos; pero, a nosotros nos parece siempre que estos dos elementos o perfiles deben ser netamente distinguidos; de un lado, el derecho a la sanción, de otro el poder

(22) Opinión, ésta, que sostenemos ahora; véase esta «Teoria», II, § 6, nr. 33; p. 150, nota 47.

(23) CARNELUTTI, «Dir. e proc. n. teor. d. obblig.», nr. 27 y n.° 42, en *St. Chiovenda*, 289-91; 323-24.

procesal de actuación de la sanción; uno, el derecho a la sanción, se rige por el Código civil, el otro el poder procesal de poner en movimiento el mecanismo de la sanción se rige por ordenamiento procesal. Esta distinción creemos que responde mejor al fenómeno jurídico en que consiste la defensa de la obligación con posterioridad al incumplimiento, y creemos que ayuda a comprenderlo mejor (24).

(24) Lección 45, explicada el 30 de abril de 1955 y recogida magnetofónicamente.